

Aline Tiduco Hossaka Moletta Nascimento

**DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE DO PORTADOR DO HIV E SUA
PROTEÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO**

**CURITIBA
2009**

Aline Tiduco Hossaka Moletta Nascimento

**DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE DO PORTADOR DO HIV E SUA
PROTEÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para conclusão do Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Professor Elimar Szaniawski

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

Aline Tiduco Hossaka Moletta Nascimento

Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV e sua proteção no ambiente de trabalho

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do grau de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Banca Examinadora

Orientador:

Profº. Dr. Elimar Szaniawski

Professor Associado do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Federal do Paraná – UFPR

Profº. Dr. Luiz Marlo de Barros Silva

Orientador de Estágio junto ao Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Federal do Paraná – UFPR

Profª. Dra. Tatyana Scheila Friedrich

Professora Adjunta do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 10 de Novembro de 2009.

Dedico este trabalho a todas as pessoas que vivem com o vírus da AIDS, por representarem a concretude do valor da vida.

Agradecimentos:

À minha mãe, Eliza, pela vida, pelo que sou, pelo que tenho, por tudo, enfim.

Ao meu pai, Ricardo, pelo exemplo, pela força, pela memória.

Aos meus avós, Aguinaldo e Ivete, pelo esteio, pelo colo, por me ensinarem o valor da família.

Às colegas Alinne B. Weber, Keyla C. E. M. Souza e Nathalia L. Barreto, por transformarem os mais dolorosos momentos nas mais puras demonstrações de lealdade.

Ao Professor Elimar, pela orientação, pela paciência, pelos conselhos e por ser fonte de ensinamentos que ultrapassam, em muito, os muros da Faculdade de Direito.

Creio que podemos transformar a tragédia da AIDS, da enfermidade e da doença, num desafio, numa oportunidade, numa possibilidade de recuperar na nossa sociedade, em nós mesmos, em cada um de nós e em todos nós, o sentido da vida e da dignidade. E, com esse sentido da vida e da dignidade, seremos capazes de lutar pela construção de uma sociedade democrática, de uma sociedade justa e fraterna.

Herbert de Souza (Betinho)

SUMÁRIO

<u>RESUMO</u>	08
<u>INTRODUÇÃO</u>	09
<u>CAPÍTULO 1: DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE</u>	12
1.1. Dos direitos de personalidade: delimitação, conceito e objeto.....	12
1.2. Da Teoria Tipificadora: a classificação dos direitos de personalidade.....	13
1.3. Da cláusula geral: a tutela efetiva dos direitos de personalidade	15
1.4. Da crise da Teoria Tipificadora: e o conseqüente ressurgimento da cláusula geral de personalidade	18
1.5. Das características do direito de personalidade	20
<u>CAPÍTULO 2: DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE</u>	22
2.1. Do tratamento internacional dos direitos à vida privada e à intimidade	22
2.2. Da diferenciação e aproximação dos conceitos de vida privada e intimidade	25
2.3. Do tratamento dos direitos à vida privada e intimidade no Brasil	27
<u>CAPÍTULO 3: O VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA: ALGUMAS NOÇÕES BÁSICAS</u>	33
3.1. Da descoberta do vírus à reação da comunidade global: a luta contra o “mal do século”	33
3.2. Do acesso aos medicamentos: o direito à saúde	37
3.3. Do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida: restrições e atentados à sua dignidade	39
<u>CAPÍTULO 4: LESÕES AOS DIREITOS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE DO PORTADOR DE HIV NO AMBIENTE DO TRABALHO</u>	43
4.1. Da realização do teste anti-HIV na fase de contratação	45
4.2. Das exceções à regra: a realização do exame como garantia da saúde pública	49
4.3. Da dispensa imotivada	51
<u>CONCLUSÃO</u>	57
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	61

RESUMO

Os direitos de personalidade formam categoria jurídica muito antiga, e que sofreu as mais diversas mutações desde seu surgimento, nas civilizações grega e romana. O presente estudo monográfico tem por objetivo analisar os direitos de personalidade, mais precisamente o direito à vida privada e à intimidade, do portador do HIV em suas relações de trabalho. A modernidade e a globalização trouxeram consigo os mais diversos avanços tecnológicos que permearam a vida cotidiana do ser humano e lhe possibilitaram inúmeras vantagens, tais como o acesso à informação, a comunicação, dentre outras. No entanto, tais fenômenos também propiciaram a invasão fácil e rápida da vida privada do indivíduo, bem como de sua intimidade, as quais ele não deseja e não precisa dividir com ninguém. No que se refere ao portador do HIV, essa invasão torna-se ainda mais grave, vez que a AIDS é doença que surgiu e segue estigmatizada por preconceitos, o que faz com que aqueles que com ela vivem sejam cruelmente discriminados. Tal discriminação não deixa de estar presente no ambiente de trabalho, do momento da contratação até o momento da demissão. Dentro deste contexto, é inadmissível a realização de exames que visem identificar a sorologia do indivíduo durante a fase admissional de uma relação de emprego, a menos que se trate de profissional que lide com fluidos humanos, tão pouco é permitido ao empregador demitir o empregado pelo simples fato de ter descoberto ser o mesmo portador do HIV. Há que se falar também da garantia do direito à saúde, previsto constitucionalmente, que perpassa pela necessária gratuidade dos medicamentos que combatem o agente causador da doença. Assim, considerando a vida privada e a intimidade como decorrentes diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, observa-se que a minoria populacional que atualmente é portadora do vírus da AIDS necessita de instrumentos protetivos efetivos para que, resguardadas suas esferas mais íntimas, consiga levar uma vida digna, garantidos os seus direitos ao trabalho, saúde, igualdade e liberdade, no pleno exercício de seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: vida privada, intimidade, saúde, admissão, demissão, trabalho, empregado, AIDS, HIV.

INTRODUÇÃO

Dentre as mais diversas doenças que atingem o mundo moderno, talvez a mais alarmante e inexoravelmente incontrolável, visto que não há tratamento capaz de evitar a infecção ou trazer a cura, seja a AIDS ou SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida).

Trata-se de doença que se manifesta após o contágio do ser humano pelo vírus HIV, o *Human Immunodeficiency Virus*, descrito pela primeira vez em 1981, por médicos norte-americanos e causador de patologia identificada como um conjunto de sinais e sintomas provocados por um vírus que debilita seriamente o sistema imunológico do indivíduo, eliminando as células de defesa do organismo.

Desde a sua descoberta, muito já foi realizado para conter os males dessa doença, que, por sua gravidade e alta propagação, foi considerada o novo “mal do século”. Dentre os mais diversos efeitos que tal descoberta causou, no entanto, pode-se dizer que o mais brutal foi a discriminação aos portadores do vírus.

A AIDS, ao surgir, provocou a morte de milhões de seres humanos, já que, até então, não se conhecia nenhum medicamento capaz de conter a doença. Com os esforços da comunidade científica, no entanto, muito se avançou no sentido de aumentar a expectativa de vida desses pacientes e garantir-lhes a possibilidade de levarem suas vidas com relativa normalidade. O preconceito e a discriminação, no entanto, não cederam tão facilmente.

Atualmente, inúmeros são os atentados aos direitos dos portadores de HIV, que, muitas vezes, se vêem desprotegidos pela rigidez dos operadores do direito, os quais, diante de uma situação nova e não prevista pela lei, insistem em interpretar as normas legais de forma fria e engessada, ao invés de analisá-las à luz dos direitos humanos e, principalmente, dos princípios gerais de Direito.

Neste estudo, pretende-se analisar a violação dos direitos de personalidade do portador do HIV, mais precisamente os direitos à vida privada e à intimidade, como sendo atentado à própria dignidade da pessoa humana, especialmente nas relações de trabalho.

Nesse sentido, busca-se verificar até que ponto as exigências de informações feitas pelo empregador, ao longo da relação empregatícia, poderão ser realizadas sem que se viole o direito à vida privada e intimidade do portador do HIV. Ou seja, qual é o limite do poder hierárquico do empregador, no que se refere à vida do empregado.

A invasão da vida privada e da intimidade é um fenômeno que se agravou com a modernidade, a globalização e o desenvolvimento da tecnologia. Atualmente, é sobejamente fácil obter os mais diversos dados a respeito de qualquer indivíduo, violando o seu direito de guardar para si informações que não deseja dividir com os outros.

Nos ambientes de trabalho, tal fenômeno pode ser ainda mais relevante e evidente, visto que lá está presente a competição. A escassez de empregos e a existência de uma reserva de mercado fazem com que o trabalhador seja facilmente descartado caso apresente qualquer característica que, aos olhos do empregador, represente uma inconveniência.

Os doentes com AIDS, assim, são vítimas de verdadeira segregação, tendo em vista todos os estigmas que ainda envolvem a doença. Daí se afirmar a importância de garantir a proteção de sua vida privada e de sua intimidade, no que se refere ao ambiente de trabalho, assegurando o exercício do princípio da dignidade da pessoa humana.

Interessante observar que, conforme assevera Marcio Túlio Viana, o indivíduo que é livre enquanto cidadão não goza, absolutamente, das mesmas liberdades em suas relações de trabalho, sofrendo inúmeros atentados à sua dignidade e aos seus direitos de personalidade, havendo, portanto, “uma profunda contradição entre a liberdade de mercado que a empresa reclama e a rigidez hierárquica que ela própria exige. Na expressão de Backhaus-Eger, ‘... trata-se de uma ilha de autoritarismo, num mar espontâneo de cooperação...’”¹

Assim, num primeiro momento, analisam-se os direitos de personalidade, sua evolução histórica, conceito, características e absorção e tratamento dado pelo Direito brasileiro.

¹ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: Possibilidades de Autodefesa do Empregado em Face do Empregador*. São Paulo: LTr, 1999. p. 120.

Em seguida, passa-se a analisar, mais especificamente, os direitos à vida privada e à intimidade, como sendo direitos especiais de personalidade. Assim, discorre-se acerca do tratamento internacional dado a tais direitos em documentos de suma importância para o cenário jurídico internacional. Ainda no que se refere aos direitos à vida privada e à intimidade, examina-se os seus conceitos em análise comparativa, e, finalmente, disserta-se acerca do tratamento dado a ambas as garantias legais no Brasil.

A terceira parte dedica-se a tecer esclarecimentos gerais sobre a doença, seu surgimento e histórico, bem como o que costuma ocorrer na vida do portador do vírus desde o diagnóstico, a medicação utilizada, seus efeitos colaterais e o tratamento que o Direito dedicou a este tema tão delicado, ou seja, seus desdobramentos, principalmente, no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais à saúde e à igualdade².

Finalmente, o quarto capítulo dedica-se a analisar quais são, na prática, os problemas criados pela violação dos direitos à vida privada e à intimidade nas relações de trabalho. Assim, examina-se a ilegalidade da realização de testes anti-HIV na fase de contratação, a possibilidade de o trabalhador requerer indenização por danos morais na ocorrência de discriminação, bem como a impossibilidade de o mesmo ser demitido apenas em razão de sua sorologia e as exceções à regra geral, ou seja, os casos em que o exame pode ser permitido por uma questão de saúde pública.

² Os efeitos do tratamento existente para conter o vírus da AIDS são os mais diversos. Além dos efeitos colaterais, físicos e, muitas vezes, aparentes, há também os efeitos psicológicos. Assim, importante elucidar quais são as consequências do tratamento, visto que elas podem ser razão de desconfiança por parte do empregador, que, mesmo sem obter uma comprovação médica de que o funcionário é portador do HIV, pode, ao encontrar um medicamento ou presenciar sintomas, promover medidas discriminatórias no ambiente de trabalho, ou até mesmo demiti-lo.

CAPÍTULO 1: DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Diversos são os fatores que contribuem para o prodigioso crescimento da importância dos direitos de personalidade. Sem dúvida, dentre tais fatores, um dos mais importantes, se não o mais, é o hodierno avanço tecnológico. Atualmente, o progresso avança em ritmo acelerado, oferecendo à sociedade cada vez mais recursos e informações.

Ocorre que, se por um lado, tal progresso traz os mais diversos benefícios para a vida humana, tais como a aproximação dos povos, o desenvolvimento de programas e projetos científicos, médicos, traz também novos desafios para o Direito. Um deles reside no fato de que, cada vez mais, a tecnologia contribui para a exposição da essência do ser humano, com muito mais intensidade, colocando em risco a preservação da integridade e dignidade da pessoa. Assim, há que se repensar o Direito e suas formas de proteger a personalidade humana, sob pena de se macular o mais basilar princípio de todo o ordenamento jurídico: a dignidade do ser humano.

1.1.Dos direitos de personalidade: delimitação, conceito e objeto

Nas palavras de Orlando Gomes, entende-se por direitos de personalidade, “os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que (...) destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos”³.

Tratam-se, portanto, de direitos essenciais para o exercício da personalidade, entendida como a representação de seu âmago, conforme elucida Adriano de Cupis:

“existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o seu interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não

³ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 131.

existiria como tal. São os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam os direitos de personalidade”⁴.

Apesar de tais direitos serem, de início, negados como direitos subjetivos, sob a alegação de que não poderia haver direitos do homem sobre ele mesmo, tal teoria encontra-se absolutamente superada, e adota-se, hoje, a Teoria Subjetiva, no que se refere aos direitos de personalidade⁵.

Cumprе ressaltar, no entanto, que o objeto dos direitos de personalidade não se encontra na própria pessoa, tão pouco nas pessoas que cercam o titular do direito, às quais cumpre o respeito e a preservação do mesmo. O objeto dos direitos de personalidade reside, como bem delimitou o Professor Elimar Szaniawski, “nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades, físicas ou morais, do homem, individualizado pelo ordenamento jurídico”⁶.

Assim, percebe-se que os direitos de personalidade consistem em direitos que dizem respeito ao próprio “ser”, e que englobam as mais diversas manifestações da existência do homem. São direitos que, volta-se a afirmar, propiciam o exercício e desenvolvimento da personalidade do homem, sem os quais não se pode falar em dignidade da pessoa humana.

1.2.Da Teoria Tipificadora: a classificação dos direitos de personalidade

A Teoria Tipificadora foi criada a partir das reflexões da Escola Histórica do Direito. Segundo os adeptos de tal teoria, os direitos advindos da personalidade seriam fracionados em vários direitos, conforme suas manifestações. Tal teoria ganhou força, principalmente, devido à proliferação do pensamento positivista, defendendo a tipificação como instrumento para contornar a insegurança jurídica e as incertezas que provocaria a existência de uma cláusula geral. Afinal, não seria prudente, para os defensores da Teoria

⁴ CUPIS, Adriano de. *Os Direitos de Personalidade*. p. 17 e ss.

⁵ Na época em que tal discussão se deu, muitos foram os renomados autores que defenderam a Teoria Subjetiva, dentre eles, De Cupis, Ferrara, Alberto Spota, e outros.

⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 87.

Tipificadora, admitir a existência de uma só norma, geral, que tutelasse os mais variados aspectos da personalidade humana.

Empenharam-se os autores, então, em elaborar suas classificações, dividindo os direitos de personalidade em tipos e subtipos. Boa parte da doutrina mais conservadora optou pela divisão conforme a clássica dicotomia, públicos e privados, outros ainda acrescentaram às duas categorias os direitos sociais.

Nesse sentido, conforme elucida o professor Elimar Szaniawski⁷, os direitos de personalidade públicos seriam aqueles responsáveis por defender o indivíduo dos desmandes estatais, defendendo, assim, a sociedade como um todo, tratar-se-iam dos direitos elencados em convenções e tratados internacionais, bem como nas Constituições de cada país. Os direitos privados de personalidade, por sua vez, seriam aqueles que dissessem respeito à relação entre particulares, ou seja, tais direitos versariam sobre aspectos privados da personalidade humana, contidos, portanto, nos Códigos Civis e leis extravagantes que versassem a respeito de matéria essencialmente privada. Ainda, segundo o professor, deve-se mencionar a existência de uma terceira categoria jurídica, a dos direitos sociais, dentre os quais estariam aqueles originários da evolução de determinados direitos humanos econômicos e sociais.

No que se refere à última categoria, a dos direitos sociais, ainda é fundamental destacar que, no pensamento do ilustre professor, a maioria dos direitos que a integram não representam verdadeiros direitos de personalidade, visto não apresentarem suas características mais básicas, não podendo, tão pouco, ser considerados direitos subjetivos.

Pode-se citar, ainda, outras classificações, as quais não consideraram a dicotomia público/privado, dentre as quais a de Kayser, que elaborou lista provisória dividindo os direitos de personalidade em: direitos de personalidade comparáveis aos direitos reais e direitos de personalidade comparáveis aos direitos de crédito, e tantos outros autores, tais como Adriano De Cupis, Gangi e Martin Ballesterio, dentre outros⁸, os quais, no entanto, não obtiveram sucesso.

⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 87 e ss.

⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 88.

1.3. Da cláusula geral: a tutela efetiva dos direitos de personalidade

Antes de nos debruçarmos sob o estudo da cláusula geral, no que se refere aos direitos de personalidade, cumpre analisarmos a personalidade humana em si, em sua complexidade e elementos. Para tanto, servimo-nos do pensamento de Heinrich Hubmann, segundo o qual a personalidade humana é composta de três elementos fundamentais: a dignidade, a individualidade e a pessoalidade.

Para o autor, conforme delimitou o professor Elimar Szaniawski⁹, a dignidade seria o elemento fundamental e indicador da localização do ser humano no Universo, representando, portanto, a individualidade, a qual consiste, em verdade, na unidade indivisível do ser humano, enquanto que a pessoalidade traduzir-se-ia na representação da relação do indivíduo com o mundo exterior.

Tem-se assim que, para Hubmann, a personalidade humana englobaria tanto a relação do indivíduo consigo mesmo, seu auto-reconhecimento, o que permite que se localize na sociedade, bem como sua relação com o ambiente exterior.

A tutela da personalidade, então, conclui Szaniawski a respeito do pensamento de Hubmann, se dá mediante via tripla: garantindo o livre desenvolvimento da personalidade, protegendo suas forças e valores (direito em relação à personalidade), bem como garantindo o reconhecimento do indivíduo e suas características (direito à individualidade).

Assumindo o tratamento dos direitos de personalidade como direitos fundamentais, superando a dicotomia, há muito ultrapassada, a qual bifurca o direito em público e privado, e considerando a personalidade humana como valor social, tem-se que o direito geral de personalidade assenta-se sob duas ordens jurídicas, nas palavras do professor Elimar Szaniawski: “A primeira constituiu-se a

⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 114-116.

partir de uma ordem jurídica supranacional. A outra, se desenvolve segundo os parâmetros de uma ordem jurídica nacional”¹⁰.

As normas internacionais visam, sucintamente, resguardar a dignidade da pessoa humana, valorizando o indivíduo como fundamento e beneficiário na norma jurídica, garantindo o desenvolvimento de sua personalidade. Suas principais fontes são a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a 17ª Convenção de Haia. Tais normas, dentre outras, contribuem para a uniformização dos direitos humanos e fundamentais de diversos países signatários, promovendo a ampla valorização da dignidade da pessoa e garantindo, conseqüentemente, maior proteção à personalidade.

No que tange o direito interno, é pacífica a afirmação de que a maior proteção à personalidade é dada pela Constituição. É a Carta Magna que tutela o direito geral de personalidade trazendo expressamente uma cláusula geral, ou trazendo diversos princípios, os quais, se interpretados, efetivamente tutelam a personalidade humana.

A Constituição brasileira não contém uma cláusula geral de personalidade, o que não significa que a mesma não tenha absorvido a corrente doutrinária partidária da existência de uma cláusula geral. Ocorre que, para nós, cumpre o papel de cláusula geral o consagrado princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, III, do referido diploma legal¹¹. Percebe-se, assim, que nosso ordenamento adotou sistema de proteção misto, trazendo uma cláusula geral de proteção à personalidade, ao lado de alguns direitos especiais, os quais serão objeto de nosso estudo a seguir.

¹⁰SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 117.

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Nosso direito baseia-se em dois grandes princípios, o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. São esses os dois valores supremos do direito brasileiro, os quais estão contidos na Constituição Federal. Embora não se tenha adotado uma cláusula geral expressa de personalidade no Brasil, percebe-se, claramente, que o princípio da dignidade exerce esse papel, tanto por ser princípio basilar e, portanto, ponto de partida para interpretação de todo o ordenamento, quanto por garantir a proteção do indivíduo, que é concebido como razão de ser e finalidade o ordenamento, juntamente com os demais princípios constitucionais fundamentais.

Assim, conforme afirma Márcio Sotelo Felipe: “A dignidade é o fim. A juridicidade da norma positiva consiste em poder reconhecer que, tendencialmente, ela se põe para esse fim. E se não se põe, não é legítima. A razão jurídica se resolve em uma determinada condição humana em que cada indivíduo é para a humanidade, o que uma hora é para o tempo: parte universal e concreta do todo possível” ¹².

Trata-se, portanto, de princípio sem o qual não é possível sequer cogitar a existência de outros direitos fundamentais, visto que é a matriz de todo o nosso Direito, o qual atua como cláusula geral da personalidade, dentre as suas mais diversas funções, permitindo a tutela da personalidade humana em toda a sua amplitude, ao lado dos direitos especiais de personalidade.

O constituinte optou por especializar determinados direitos de personalidade em seu art. 5º, garantindo ainda maior proteção à personalidade humana ao afirmar a igualdade, a vida e a liberdade.

Tais direitos não esgotam os direitos de personalidade, dada a existência da cláusula geral no art. 1º da Constituição, conforme já nos referimos, mas destacam, sem dúvida, a importância da tutela da personalidade humana.

O Código Civil brasileiro trata do tema em seus arts. 11 a 21. Desde já se antecipa que o tratamento que o nosso diploma civil deu aos direitos de personalidade é casuísta, afinando-se muito mais com a Teoria Tipificadora do que com a moderna doutrina que afirma a existência de uma cláusula geral de personalidade.

¹² FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 100.

Pode-se dizer, no entanto, que o art. 12 do Código Civil funciona como cláusula geral, ao afirmar a tutela de direito de personalidade que esteja ameaçado ou lesionado¹³. Isso porque, conforme já exposto, o Código Civil, bem como toda e qualquer lei ordinária, deve ser interpretado de acordo com a Constituição, a qual traz o princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral, permitindo interpretação ampliativa do diploma civil, distanciando-se da Teoria Tipificadora e contribuindo para a efetiva tutela de todos os aspectos da personalidade humana.

Mas, para a adoção da cláusula geral, no que tange os direitos de personalidade, foi preciso, primeiro, o convencimento dos juristas da inadequação e ineficácia da Teoria Tipificadora no que se refere à tutela de tais direitos.

1.4. Da crise da Teoria Tipificadora e o conseqüente ressurgimento da cláusula geral de personalidade

Ocorre que, conforme se desenvolveu a sociedade, avanços tecnológicos permitiram que, cada vez mais, surgissem novas modalidades de se atentar contra a personalidade humana, provocando a crescente e infinita ramificação e divisão dos direitos de personalidade.

Tratava-se de círculo vicioso, vez que o legislador criava cada vez mais direitos tipificados, os quais nunca eram suficientes para tutelar a personalidade. Tal fenômeno demonstrou a insubsistência e insuficiência da adoção da Teoria Fracionadora e Tipificadora dos direitos de personalidade, gerando cada vez mais confusão na doutrina e jurisprudência. Observou-se que, na mesma medida em que se criavam direitos tipificados e fechados, visando tutelar os mais variados aspectos da personalidade, surgiam formas novas e diversas de se atentar contra a personalidade humana, as quais permaneciam sem serem combatidas por falta de previsão legal.

Observa-se, pois, que, por falta de um cientificismo concreto e por sua demasiada pretensão, a teoria fracassou. Ora, não há como serem criadas

¹³ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

tipificações suficientes para tutelar todos os aspectos da personalidade humana, protegendo-a, assim, dos diversos atentados que a ela podem se dirigir.

As diversas classificações dos autores, seus novos tipos de direitos, demonstraram-se falhas, insuficientes, fazendo com que o operador jurídico, na busca do direito tipificado, específico, se encontrasse inerte diante de situação em que precisasse proteger direito não individualizado.

Nas palavras de Szaniawski:

“O fracionamento do direito de personalidade, e sua obrigatória tipificação dificultou, se não, impediu a efetiva tutela da personalidade humana, que ficou, consoante já afirmamos, sem poder dar a efetiva resposta aos inúmeros atentados que lhe são dirigidos, pelo afunilamento da proteção causada pela positivação casuísta.”¹⁴

Além da sua clara ineficiência, outro fator que contribuiu para a queda da Teoria Fracionadora foi, sem dúvida, a chamada “Crise do Direito Civil.” Ocorre que, com o término da Segunda Guerra Mundial e o conseqüente surgimento do Estado Social, as grandes transformações sociais e econômicas vieram a evidenciar a incapacidade do sistema jurídico então existente, caracterizado pela “codificação” e a pretensão de fixar categorias jurídicas capazes de tutelar cada aspecto da relação humana, provocando os operadores do Direito e induzindo-os a repensar o ordenamento jurídico e suas respostas às necessidades do homem.

Assim, o Código Civil, que antes ocupava espaço central no Sistema Jurídico teve de ceder espaço à Constituição. A Carta Magna passou a representar o núcleo do ordenamento jurídico e avocou para si a proteção de vários direitos, muitos dos quais pertenciam do Direito Privado.

Tal fenômeno provocou uma consistente e significativa mudança na maneira com a qual se lidava com as normas constitucionais até então. Passou a ser permitido ao operador do Direito aplicar princípios constitucionais diretamente em relações entre privados. Ou seja, a norma constitucional não mais necessitava do intermédio de nova de Lei Ordinária para ser aplicada ao caso concreto,

¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 124.

podendo se fazer valer por si só, o que destacou a força da Constituição como diploma fundamental e supremo.

Quedava-se, assim, a velha dicotomia público/privado, a visão dos ramos do Direito como conjuntos fechados, estanques, de normas e passava-se a se evidenciar a necessidade de visão constitucional do Direito Civil, ou seja, a necessidade da leitura do Direito Civil de acordo com os princípios e valores constitucionais.

Com tudo isso, a *repersonalização* do Direito foi apenas o passo lógico seguinte. Diante da preocupação de valorizar e proteger a dignidade do ser humano, de garantir que o indivíduo fosse o centro e principal destinatário da norma jurídica, foi natural a retomada e conseqüente asseveração do direito geral de personalidade como meio efetivo de tutela de tais direitos.

1.5. Das características do direito de personalidade

Cumpre ainda referenciar os direitos de personalidade. Ocorre que o art. 11 do Código Civil trouxe apenas duas delas: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, não arrolando outras características. Destaca-se, aqui cinco delas, que consideramos fundamentais para seu pleno entendimento.

Os direitos de personalidade são *intransmissíveis*, visto que uma possível transferência representaria a desnaturação do próprio indivíduo, visto que a personalidade e seus atributos são a ele inerentes. São *indisponíveis* e, conseqüentemente, irrenunciáveis e impenhoráveis, uma vez sabido que por sua própria natureza não pode mudar de sujeito, nem mesmo pela vontade de seu titular. São *gerais* ou universais, pois inerentes a todos os seres humanos, o que diz respeito à sua própria condição de direitos fundamentais¹⁵. São *extrapatrimoniais*, visto que não é possível avaliar tais direitos sob o prisma econômico. E são ainda *imprescritíveis*, visto que é vedada a extinção da

¹⁵ “Teríamos uma insuperável contradição, caso cogitássemos de direitos do homem que partissem de uma idéia segregacionista ou discriminatória”. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 60.

pretensão compensatória ou de ressarcimento decorrente da lesão a um direito da personalidade, com o passar do tempo¹⁶.

Para concluir, reputamo-nos aos ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, segundo o qual “os direitos de personalidade são os direitos que transcendem, pois, a própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independentes da relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de *lege lata*, pelo Estado ou pelos particulares”¹⁷.

Tratam-se, portanto, de direitos concernentes ao livre desenvolvimento da personalidade, dotados de características próprias, que se desenvolveram ao longo da história no sentido de garantir a tutela efetiva da personalidade do homem e sem os quais o princípio da dignidade da pessoa humana restaria seriamente comprometido, razão pela qual não podem ser violados por particulares ou pelo Estado.

¹⁶ Com relação às características do direito à intimidade, em específico, interessante citar jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo a qual: “A privacidade ou intimidade, como um dos pilares fundamentais dos direitos de personalidade, tem caráter absoluto, imprescritível, extra patrimonial e indisponível. O caráter absoluto, como nos demais direitos, não é ilimitado, ao extremo de suplantar interesses comunitários, se em confronto. A informação jornalística veraz, inofensiva e sem segundas intenções, não é ato ilícito, passível de indenização. Improcedência confirmada na maior parte.” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 2848/95. Relator: Des. Pestana de Aguiar. 19 de setembro de 1995. Diário Oficial do estado do rio de Janeiro, seção I, p. 180, 29 de Fevereiro de 1996.)

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 11.

CAPÍTULO 2: DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE

O conceito de vida privada varia conforme o tempo, a cultura e os costumes de um povo. Isso se dá devido à forte ligação entre tal bem jurídico e os fenômenos sociais.

Indubitável, no entanto, é a necessidade de se proteger os aspectos da vida privada do cidadão de ataques que podem partir do Estado ou de particulares, ainda mais em tempos como os nossos, já que o avanço da tecnologia contribui imensamente para o estreitamento das relações humanas, promovendo maior contato entre as pessoas, não sem, também, promover a segregação e o preconceito, vez que há muito a privacidade deixou de ser um direito ao isolamento, e passou a ser um direito à verdadeira existência, o direito a reagir contra políticas discriminatórias baseadas em toda a sorte de informações privadas¹⁸.

2.1. Do tratamento internacional dos direitos à vida privada e à intimidade

Conforme anteriormente referimos, o término da Segunda Grande Guerra Mundial e o surgimento do Estado Social, como marcos das transformações políticas, sociais, econômicas e culturais pelas quais o mundo passava, trouxeram consigo a necessidade do repensamento da posição do sujeito de direitos, bem como a necessidade da valorização do homem, e de sua dignidade.

Já em 1945 foi aprovada a Carta das Nações Unidas, na qual se estabeleceu o compromisso das nações signatárias com a paz mundial e com a promoção da dignidade da pessoa humana¹⁹.

¹⁸ DONEDA, Danilo César Maganhoto, “Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade”. In *Problemas de direito civil-constitucional*, Gustavo Tepedino (coord.), p. 119.

¹⁹ Os preceitos citados já restam evidentes no próprio Preâmbulo da Carta, a saber: “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações

Em 1948, com a aprovação da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, os direitos fundamentais adquiriram nova concepção, visto que tal Carta de Direitos trazia, além dos direitos fundados na liberdade, outros que tinham por fulcro a igualdade.

No referido documento, vinha clara a necessidade de proteção da vida privada e da intimidade, conforme se denota de seu art. 12, no qual consta que “ninguém será objeto de interferências arbitrárias em sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da Lei, contra tais interferências ou ataques”.

Diante de sua relevância e importância, a Declaração Universal tem sido utilizada como código de conduta no que se refere aos direitos humanos, haja vista que estabelece parâmetros universais para o reconhecimento, promoção e proteção destes direitos.

Também a Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950, estabeleceu definições dos direitos fundamentais²⁰, incluindo disposições a respeito da vida privada e da intimidade, dentre as quais merece destaque o art. 8º, no qual consta que:

decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.”

²⁰ Aqui, interessante referenciar o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, a respeito da distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, segundo o qual “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas. Os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados.”

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. p. 33. *Apud* GARCEZ, Maximiliano Nagl. *A vida privada e a relação de emprego*. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2001. p. 41-42.

“1 - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2 - Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Em 1966, foi elaborado o Pacto de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Resolução 2200, de 16 de Dezembro de 1966, o qual traz, em seu art. 17, dispositivo que garante: “ninguém será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem atentados ilegais à sua honra e à sua reputação”.

Entretanto, maior e melhor definição, tanto que adotada em boa parte da Europa, foi trazida pela Resolução 428 de 23/01/1970, elaborada pelo Conselho Europeu²¹, a qual traz, em seu item c), 2-, e 3-, o conceito a seguir transcrito:

“O direito ao respeito à vida privada consiste essencialmente em poder se levar a própria vida com o mínimo de interferência. Alude à vida privada, à vida familiar e doméstica, à integridade física e moral, à honra e à reputação, à prevenção contra falsa imagem, a não se dar publicidade a fatos irrelevantes e embaraçosos, a não se publicarem fotografias particulares, à proteção contra o uso indevido de comunicações privadas, à proteção contra o uso de informações fornecidas ou recebidas confidencialmente pelo particular. Aqueles que por sua própria conduta incentivaram revelações indiscretas em relação às quais, depois se insurgiram, não podem evocar ulteriormente o direito à vida privada”.

Há que se falar, ainda, da Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos, que, em seu art. 11, trata da vida privada nos seguintes termos: “Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua

²¹ Conforme Hidemberg Alves da Frota, em seu artigo “A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado”. Disponível no endereço: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr2.pdf>>. Acessado em 15 de Fevereiro de 2009.

honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

2.2. Da diferenciação e aproximação dos conceitos de vida privada e intimidade

Analísado o tratamento internacional que foi dado aos direitos à vida privada e à intimidade, cumpre tratar da delimitação de seus conceitos. Apesar da aparente ausência de dificuldade, tal tarefa não chega nem perto de ser de simples realização e muitos juristas já foram desafiados pelo árduo trabalho que é procurar definir tais direitos, conforme se vê abaixo.

Nesse passo, cumpre citarmos a Teoria dos Círculos Concêntricos, elaborada por Heinrich Hubmann e divulgada no Brasil por José da Costa Jr. na década de 70, na primeira edição de sua monografia “O direito de estar só: tutela penal da intimidade”.

Para o referido autor alemão, a esfera da vida privada pode ser representada por três círculos concêntricos, o círculo da vida privada, em sentido estrito, conteria o círculo da intimidade que, por sua vez, conteria o círculo do segredo.

O professor Szaniawski²², ao analisar a Teoria dos Círculos Concêntricos de Hubmann, demonstra que a intimidade, a mais restrita das esferas, destinar-se-ia a proteger o ser humano em si, o âmbito de sua vida sobre o qual é possível manter o sigilo mais absoluto, aquilo que não precisa ser de conhecimento de ninguém além do próprio indivíduo, a qual pode ceder lugar ao segredo se, por opção, o titular do direito de personalidade referido compartilhar a informação íntima com algumas pessoas de seu convívio mais próximo.

Nas palavras do professor:

²² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 357-359.

“Teríamos assim, como primeira e mais íntima das esferas, a *intimsphäre*, ou esfera íntima, que consiste na proteção dos indivíduos na sua própria pessoa, constitui o âmbito da vida no qual o indivíduo pode manter-se em total segredo diante da coletividade. A esfera íntima protege a pessoa inteiramente, ficando a mesma intocável aos olhos e ouvidos do público.”²³

Isto posto, nos parece claro que os conceitos de vida privada e intimidade são inequívocos, visto que a intimidade²⁴ representa esfera ainda mais íntima, mais restrita, do indivíduo, seu núcleo mais profundo. Pode-se dizer que a vida privada é sempre, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior, “*um viver com os outros*”, uma situação de convivência entre indivíduos, mas da qual se deve excluir terceiros, enquanto que a intimidade diz respeito tão somente ao indivíduo, é, essencialmente, o “*estar só*”. Nas palavras do referido autor, a intimidade seria o “âmbito exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver com os outros”²⁵.

Essa diferenciação é sutil, e deve ser realizada com cuidado, vez que a conceituação da vida privada e da intimidade não pode ser elaborada sem ser adequada ao caso concreto, às particularidades de cada situação, sob pena de serem distorcidas ambas as categorias jurídicas. Em suma, pode-se dizer que se tratam de categorias diferentes, mas cujas diferenças só podem ser auferidas exatamente de acordo com a situação específica.

Assim assevera José Adércio Leite Sampaio, ao afirmar que não se pode conceituar, em toda a sua extensão e plenitude, intimidade e vida privada, devido ao fato de que:

²³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 357-358.

²⁴ “Dentro do círculo da intimidade estariam todos e quaisquer eventos ou notícias de que o indivíduo tenha sido partícipe, mas não queira que haja divulgação, salvo para pessoas de sua confiança particular, como, por exemplo, algumas manifestações orais entre o médico e cliente, ou manifestações escritas, como as correspondências epistolares que dizem respeito a feitos da vida íntima”. COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: Tutela Penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36.

²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 82-83.

“cada pessoa pode, diferentemente dos demais e até de si mesma no curso de sua vida, conceber como íntimo ou privado, a partir das influências que decisivamente sofre de fatores culturais, religiosos, políticos, filosóficos e até mesmo climáticos, sem se esquecer de que as próprias circunstâncias ou um dado momento existencial podem permitir acepções até então não cogitadas. A esse subjetivismo modular se associa uma dificuldade metodológica decorrente de árdua tarefa de se estabelecerem regras sem riscos de frenéticos artificialismos, que possam separar o que seja privado do que seja público dentro da vida social”²⁶.

Também o Professor Elimar Szaniawski trata da dificuldade de diferenciação entre ambos os conceitos, por se tratarem de direitos que dizem respeito ao que há de mais subjetivo em cada ser humano, afinal, sua conceituação depende do que cada um considera íntimo ou privado, o que diz mais ou menos a respeito de sua própria essência, seus valores, sentimentos e aspirações mais secretos.

Mas, o referido jurista defende a posição de que o que determina se a informação é íntima ou privada é o círculo de conhecimento, ou seja, o núcleo de pessoas que tomam conhecimento da informação. Assim, um determinado fato que só seja conhecido pelo indivíduo ou por grupo extremamente reduzido de pessoas, e que diga respeito à sua essência mais reservada, pode ser considerado íntimo, enquanto que um fato que ultrapassa esses limites, mas que não consiste em fato de conhecimento público, ou seja, um fato que deve ser conhecido por um determinado grupo de pessoas, pode ser considerado privado.

Daí se conclui que a concepção dos direitos à vida privada e à intimidade deve ser dinâmica, flexível, de forma a acompanhar a evolução humana, seja ela social, tecnológica ou cultural.

Não há dúvida, no entanto, da relação existente entre as duas categorias jurídicas. A intimidade diz respeito às entranhas do ser humano, ao que há de mais essencial em sua humanidade, enquanto que a vida privada, que a engloba e contém, com ela não se antagoniza, mas sim a complementa pois,

²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 244-245.

nas palavras de José Cabral Pereira Fagundes Júnior, “quem deseja que algo de si não seja conhecido por outrem, logicamente terá interesse na adoção das medidas que se lhe assegurem, e, se for o caso, que lhe reparem as conseqüências dos danos, porventura, causados pela inobservância da sua vontade” ²⁷. A privacidade, portanto, vai além do direito de “estar só”, consistindo também no direito de controlar e reagir diante do uso de informações que dizem respeito ao sujeito.

Cumpre ainda tratarmos de questão fundamental, no que tange o direito ao respeito à vida privada. Ocorre que, muitas vezes, tal direito já foi tratado como um direito real, com finalidades patrimoniais, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência²⁸.

Tal interpretação, além de distorcer o conceito, fundamentos e finalidades do direito à vida privada, é reducionista. Ora, não se pode reduzir um direito elementar à existência do homem em sociedade à finalidade meramente patrimonial. O direito à vida privada é um direito fundamental, ou seja, faz parte do conjunto de direitos mais básicos e importantes de um povo.

Trata-se de direitos que dizem respeito ao ser humano e sua proteção, quer frente ao Estado, quer frente aos particulares, consistindo em verdadeiras pilstras, fundamentais para a realização da dignidade da pessoa humana, as quais não podem ser comparadas a direitos reais, de crédito ou qualquer categoria de direitos patrimoniais.

2.3. Do tratamento dos direitos à vida privada e intimidade no Brasil

No Brasil, podemos tratar do tema partindo das lições de Pontes de Miranda, o qual vislumbra o direito de intimidade e o direito ao segredo como ramificações do direito ao respeito à vida privada. Segundo o renomado autor, o direito à intimidade seria o direito a se proteger dos olhos e ouvidos dos outros,

²⁷ FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral. *Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 98-99.

²⁸ É o caso, por exemplo, de expoentes da doutrina francesa, tais como Monique Contamine Raynaud e Robert Badinter, conforme elucida o professor Elimar Szaniawski. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 326.

enquanto que o direito ao segredo consistiria em impedir a divulgação de informações sobre o indivíduo, o qual tem o direito de impedir sua publicidade.

Conforme assevera Fagundes Júnior, “os direitos à vida privada e à intimidade sempre foram prestigiados pelas nossas Constituições, mesmo que de forma implícita, e, ainda, sem embargo da equiparação, em termos amplos, que, amiúde, se lhe emprestaram parte da doutrina, bem como os próprios legisladores de então”²⁹.

Desta forma, a nossa Constituição de 1824 assegurou a inviolabilidade do domicílio³⁰, protegendo, ainda que genericamente, a vida privada. Assim como a Constituição de 1891 reafirmou o direito à vida privada, ao cuidar para que a casa fosse asilo inviolável do indivíduo. Na mesma linha seguiram as Cartas Magnas de 1934 e de 1946, com a devida ressalva de que esta última pretendia valorizar os direitos individuais, relativizando o poder, e por isso garantiu, em seu art. 141, os direitos à vida, liberdade, segurança e propriedade³¹.

Quanto à Constituição de 1967, promulgada durante o regime militar, pode-se dizer que a mesma trouxe capítulo dedicado às garantias fundamentais e, ainda, continuou a tutelar o direito ao segredo das comunicações, garantindo o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, bem como a inviolabilidade do domicílio, em seu art.153, §§ 9º e 10º.

Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe grande inovação no tratamento do tema, ao consagrar a proteção da vida privada e da intimidade em seu art. 5º, inciso X, colocando-os dentre as garantias fundamentais, reforçando a proteção a esses bens jurídicos e garantindo a sua tutela, inclusive, mediante indenização³².

²⁹ FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral. *Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 27.

³⁰ Ressalva-se, no entanto, que o direito à vida privada e à intimidade não se confundem, de forma nenhuma, com a inviolabilidade domiciliar, visto que são possíveis os mais diversos atentados aos primeiros sem que se tenha, sequer, chegado perto do domicílio do indivíduo.

³¹ “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade...”

³² “... a igualdade formal perante a lei desde então assegurada não era suficiente para impedir que sua autodeterminação fosse limitada por outras formas de ingerência, como, por exemplo, o poder econômico ou o preconceito sexual ou racial. Foi detectada a necessidade de fazer com que o direito civil assegurasse ao homem, além de sua personalidade, um

Diz o inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Ainda, a nossa Carta Magna garante, no mesmo art. 5º, em seu inciso XLI, a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Não é demais lembrar, ainda, que o Direito brasileiro, embora não tenha adotado cláusula geral de personalidade expressa, não se filiou à Teoria Fracionadora dos direitos de personalidade. Em decorrência disso, funciona o princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral, da qual decorrem os outros direitos de personalidade, inclusive os direitos à vida privada e intimidade, presentemente analisados.

Nas palavras do Professor José Antônio Peres Gediél:

“As categorias construídas para distinguir a sociedade civil, Estado, sujeito e pessoa, em sua concretude, se estreitam e se impõem perante o conteúdo das normas jurídicas. Os textos constitucionais, cada vez mais, atualizam a liberdade e os direitos. As tensões e pulsões de liberdade e justiça conformam os direitos subjetivos, diminuindo sua tradicional carga de poder, compondo-os, harmoniosamente, com os deveres e garantias. A revitalização do conhecimento jurídico, por meio dos textos constitucionais e da doutrina constitucionalista, permitiu aos estudiosos do Direito Civil refundir os direitos fundamentais, originalmente erigidos contra o estado, com os direitos de cunho privado, para destacarem o seu núcleo comum, localizado na dignidade humana.”³³

Elevando a nível constitucional a garantia da vida privada e da intimidade, a Constituição Federal, além de dar ainda maior proteção aos bens jurídicos referidos, exige o alargamento do campo de incidência dos conceitos de vida privada e intimidade, e impondo o dever, ao intérprete, de conferir efeito

conjunto essencial de meios para que pudesse exercê-la plena e definitivamente. Estes direitos são os chamados direitos de personalidade, um conjunto de direitos imprescindíveis sem os quais a personalidade seria algo destituído de qualquer conteúdo.” DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 126-127.

³³ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 8.

imediatamente à Lei Maior, realizando, assim, a Justiça e atendendo aos fins sociais nela mesma dispostos. Além disso, tal fenômeno permitiu fácil constatação de que não é possível preservar a dignidade do homem sem garantir-lhe a privacidade e a intimidade, visto que se tratam de categorias jurídicas estritamente vinculadas com sua própria existência, ou seja, que dizem respeito ao seu espírito, consciência, enfim, ao seu próprio “ser”³⁴.

No âmbito civil, sabe-se que o Código Civil de 1916 não disciplinou os direitos de personalidade, os quais acabaram por serem tutelados pelo código Penal de 1890. Contudo, com a evolução doutrinária e jurisprudencial, a promulgação do Código Penal de 1940, bem como o surgimento de diversas leis extravagantes que se destinavam a garantir proteção a determinados direitos de personalidade, o direito brasileiro passou a preocupar-se com a tutela desses direitos³⁵.

Nosso Código Civil também abordou o tema, em seu art. 21, quando afirma que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”, incluindo, portanto, o direito à vida privada como um dos direitos especiais de personalidade.

Além disso, o referido diploma legal garante, em seu art. 20, que “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

Infere-se, portanto, dos referidos artigos do Código Civil, que são protegidos os direitos à vida privada e à intimidade, não podendo ser divulgadas

³⁴ No que se refere à proteção da intimidade e da vida privada, interessante citarmos o posicionamento de Laércio A. Becker, o qual constata que, por serem exercidos, em grande parte das vezes, dentro da casa do indivíduo, têm como pressuposto o direito à moradia, que seria condição para garantia do direito à intimidade. BECKER, Laércio A. O direito constitucional à moradia. Boletim Informativo Bonijuris, Curitiba, nº 362, p. 4527, 20 de janeiro de 2009. *Apud* GARCEZ, Maximiliano Nagl. *A vida privada e a relação de emprego*. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2001. p. 14.

³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 177.

informações íntimas, tenham sido elas obtidas com ou sem o consentimento do indivíduo.

Destaca-se, assim, o avanço do tratamento dos direitos de personalidade, ainda que com restrições no tocante ao conteúdo e abrangência das normas³⁶, visto que o novo Código Civil tratou do tema de forma explícita, não mais sendo necessário deferir o direito à vida privada e à intimidade da inviolabilidade de domicílio, propiciando maior qualidade e eficiência na tutela de tais direitos.

³⁶ Critica-se o fato da não-diferenciação, no Código Civil, da vida privada e da intimidade, bem como distorções do art. 20, que menciona a necessidade de autorização da divulgação de informações, sem referir-se a quem deve autorizá-las, além de impor ao interessado o requerimento da proibição da divulgação, quando, na verdade, deveria permitir a publicidade *somente* se autorizada.

CAPÍTULO 3: O VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA: ALGUMAS NOÇÕES BÁSICAS

De todos os flagelos que assolaram a humanidade, não há nenhum que se compare, em danos ou desafios, com a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou AIDS). Trata-se de patologia que trouxe consigo inúmeros desafios para a ciência e sociedade, confundindo a opinião pública e testando, constantemente a capacidade da comunidade científica em encontrar meios para garantir a qualidade de vida dos portadores do vírus.

A AIDS, desde que surgiu, vem acometendo milhares de indivíduos, transformando-se em grave epidemia, a qual ainda não parece estar controlada, visto que não há vacina ou tratamento realmente eficaz que contenha o avanço da infecção.

3.1. Da descoberta do vírus à reação da comunidade global: a luta contra o “mal do século”.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) foi descrita pela primeira vez em 1981, pelos médicos norte-americanos Gottlieb e Masur, como conjunto de sinais e sintomas provocados por uma grave deficiência do sistema imunológico que é causada por um vírus que compromete, seriamente, a saúde do indivíduo, visto que elimina suas células de defesa, e, até hoje, acomete indivíduos independentemente de raça, sexo, credo ou faixa etária.

Segundo boa parte da comunidade científica, a doença surgiu no começo dos anos 80, causada pelos retrovírus HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), proveniente de macacos de origem africana. No corpo humano, infecta e destrói linfócitos do tipo CD4+, os quais são responsáveis pela defesa do nosso organismo, tornando a pessoa vulnerável às infecções oportunistas³⁷, ou seja, doenças que se desenvolvem por não possuir, o indivíduo, defesa contra elas.

³⁷ Entre as condições clínicas que afetam as pessoas em estágio avançado da infecção pelo HIV, as mais graves e de maior frequência são as infecções oportunistas. Em pessoas com AIDS, essas infecções muitas vezes são severas e às vezes fatais, pois o sistema imunológico do indivíduo está danificado pelo HIV. Os sintomas determinados por elas vão desde tosse até coma, dependendo do agente causador ou do estágio de evolução.

O Boletim Epidemiológico de 2007, divulgado pela UNAIDS³⁸, estimam-se que existam mais de 33,2 milhões de pessoas com AIDS no mundo todo, e que, somente no ano de 2007, 2,5 milhões de pessoas foram infectadas. Quanto ao número de mortes, o Relatório aponta para alarmantes 2,1 milhões de pessoas que vieram a óbito devido à doença. Por outro lado, “além do enorme contingente de doentes notificados em todos os continentes do mundo, outros milhões de indivíduos infectados pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV), vivem assintomáticos, muitas vezes sem conhecimento de sua própria condição de infectado”³⁹, dificultando ainda mais medidas preventivas e avaliações estatísticas.

No Brasil, de acordo com o referido Boletim Epidemiológico, foram notificados 474.273 mil casos de AIDS no país – 289.074 no sudeste, 89.250 no Sul, 53.089 no nordeste, 26.757 no Centro Oeste e 16.103 no Norte.

Diante desse quadro caótico, a comunidade científica pôs-se a procurar conhecer e entender melhor a doença, e a sociedade civil passou a exigir das autoridades uma resposta efetiva, diante das novas necessidades que surgiram junto com a doença.

Os países mais desenvolvidos, aparentemente, parecem estar caminhando para o controle dos casos de AIDS, ao contrário dos países em

A AIDS também torna as pessoas particularmente suscetíveis ao desenvolvimento de diversos tipos de câncer, especialmente os causados por vírus, como o câncer de colo de útero e o sarcoma de Kaposi. Além de tipos de câncer do sistema imunológico, conhecidos como linfomas. Em pessoas de pele clara, os sinais do sarcoma de Kaposi são manchas redondas marrons ou avermelhadas que se desenvolvem na pele ou na boca. Em pessoas com pele escura, as manchas são mais pigmentadas.

Nas crianças com AIDS, as infecções oportunistas surgem como formas severas de infecções bacterianas comuns a toda criança como: conjuntivite, infecções de ouvido e amigdalite. Disponível no site <http://www.aids.gov.br>

³⁸ Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS, que tem por objetivo ampliar as forças, mundialmente, procurando implementar políticas de prevenção à doença, em como garantir qualidade de vida aos portadores. Informações contidas no “site”: <http://www.onu-brasil.org.br/agencias_unaids.php>

³⁹ ACCETTURI, Conceição Aparecida, Avaliação da resposta terapêutica a três diferentes esquemas antiretrovirais em portadores de HIV.

desenvolvimento, que são responsáveis por boa parte dos novos casos notificados⁴⁰.

Conforme afirma Marcos Villaça Azevedo⁴¹, o grande número de casos se deve, em grande parte, à facilidade de transmissão da doença, a qual se realiza pela troca de determinados fluidos do organismo (sêmen, sangue, leite humano), os quais possuem alta concentração do vírus.

Entretanto, pode-se dizer, hoje, que as formas de transmissão do vírus encontram-se delimitadas e, portanto, passíveis de serem controladas. A doença é transmissível:

“por meio de relações sexuais, pelo intercâmbio de sêmen ou secreções da próstata e de secreções vaginais, que, posteriormente, entram em contato com a corrente sanguínea, provocando a contaminação; pelo compartilhamento de seringas não esterilizadas, usadas para a injeção de drogas endovenosas, em razão do contato com sangue contaminado que permaneceu nas agulhas; em virtude do recebimento de doações de sangue, leite humano, órgãos e outros tecidos humanos que estejam contaminados pelo vírus; por meio de inseminação artificial, pela utilização de sêmen ou óvulo contaminado; pela utilização de instrumentos contaminados não esterilizados; e, finalmente, da mãe para o filho, durante a gravidez, por ocasião do parto ou pela amamentação”⁴².

Da mesma forma, sabe-se que o vírus não é transmissível pelo aperto de mãos, abraço, beijo, nem mesmo se alguém sentar num vaso sanitário após o mesmo ser utilizado por pessoa portadora do HIV.

É fundamental citar, ainda, a existência de testes laboratoriais que identificam, com segurança, o portador de HIV. O “Elisa”, teste mais comum, identifica os anticorpos desenvolvidos para combater o vírus, determinando, assim, se o indivíduo é portador ou não de HIV. Mas, por poder resultar o exame em um “falso positivo”, ou seja, revelar ser portador de HIV um indivíduo que não

⁴⁰ Segundo dados do Boletim Epidemiológico divulgado, mais de dois terços das pessoas vivendo com AIDS no mundo encontram-se na região da África Subsaariana, onde também ocorrem mais de 75% dos óbitos associados ao HIV.

⁴¹ AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. *AIDS e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. p. 35.

⁴² AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. *AIDS e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. p. 35.

o seja, recomenda-se também a realização do teste denominado “*Western Blot*” para aqueles que obtiveram um primeiro resultado positivo.

Os testes foram fundamentais para que se identificasse a presença da doença em seus estágios iniciais, podendo dar início ao tratamento o mais rápido possível. Além disso, foram passo decisivo para que não houvesse a transmissão desenfreada do vírus, vez que, ao saber da sua condição de portador, permite ao indivíduo evitar a transmissão do mesmo aos outros. São esses testes, no entanto, formas de ferir os direitos à vida privada e intimidade do portador, como veremos a seguir.

Em 1983/84, já se conhecia o vírus responsável pelo comprometimento imunológico que desenvolviam as pessoas com AIDS, e em 1985, novos métodos laboratoriais proporcionavam a busca de drogas que contivessem o avanço da doença. Em 1986 foram classificados os tipos de HIV, estabelecendo-se dois tipos, o HIV-1 e o HIV-2. Trata-se de espécie de vírus altamente mutável e, em decorrência disso, esses dois grandes tipos desdobram-se em múltiplos subtipos (variações genômicas), todos os quais capazes de infectar o homem.

No tocante ao vírus transmissor da Síndrome, cumpre ainda destacar que o mesmo pode ser neutralizado pelos mais diversos agentes, tanto químicos quanto físicos, se no meio externo. Constatou-se, em experimentos controlados, que o vírus não dura mais do que 15 dias, se livre no ambiente.

No que tange aos tratamentos possíveis para controle da doença, as primeiras descrições de sucesso tratam da azidotimidina (AZT), ou zidovudina (ZDV). Descobertas as drogas, tornou-se primordial para médicos e pesquisadores o trabalho em seu aperfeiçoamento buscando otimizar seu uso, bem como a procura de outras drogas que pudessem ser usadas com o mesmo fim.

Atualmente, o tratamento da AIDS consiste na combinação altamente agressiva de pelo menos três drogas diferentes que avançam contra o vírus, impedindo-o de se reproduzir e contaminar novas células de defesa do organismo⁴³.

⁴³ “O tratamento da AIDS é feito com medicamentos antirretrovirais, que inibem a reprodução do HIV no sangue. À associação desses medicamentos com fins terapêuticos é dado o nome de terapia antirretroviral, também chamada de coquetel. Atualmente, são 19 medicamentos divididos em quatro classes: 1. inibidores de transcriptase reversa análogos de nucleosídeos:

Adota-se, portanto, a terapia combinada, para controlar o avanço da doença, mas a utilização de tal terapia implica em outras consequências, tão devastadoras quanto à própria doença, as quais dificultam e comprometem a qualidade de vida do portador do vírus da AIDS: os efeitos colaterais, tais como “distúrbios gastrointestinais, diarreias, vômitos, erupções cutâneas, dores no sistema urinário e sangue na urina, cálculos renais, aumento de bilirrubina, dores abdominais, cansaço, pele seca, dor de cabeça, perda de paladar, debilidade, tontura e sensação de ardência ao redor da boca, nas mãos e nos pés” ⁴⁴.

Como se vê, o surgimento de um tratamento capaz, se não de parar por completo, conter o avanço da doença foi um grande e decisivo passo para prolongar o tempo de vida dos portadores do vírus, mas não sem causar danos consideráveis, visto que são drogas muito potentes e que causam demasiados sintomas desconfortáveis ao indivíduo.

3.2. Do acesso aos medicamentos: o direito à saúde

No que tange os medicamentos utilizados pelos portadores de HIV, cumpre destacarmos os programas de distribuição gratuita implementados pelo Brasil, que assumiu postura vanguardista no cenário mundial, oferecendo gratuitamente os chamados “coquetéis de drogas”, promovendo o acesso dos acometidos pela doença ao seu direito à saúde.

Nesse sentido, é de suma importância destacar a edição da Lei 9.313, de 14 de Novembro de 1996, a qual dispôs sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV em todo o território nacional, nos seguintes termos:

atuam na enzima transcriptase reversa, incorporando-se à cadeia de DNA que o vírus cria. Tornam essa cadeia defeituosa, impedindo que o vírus se reproduza; 2. inibidores de transcriptase reversa não análogos de nucleosídeos: bloqueiam diretamente a ação da enzima, sua multiplicação e o desenvolvimento da infestação no organismo; 3. inibidores de protease: impedem a produção de novas cópias de células infectadas com HIV; 4. inibidores de fusão: impedem a entrada do vírus na célula.

Para combater o HIV, é necessário utilizar pelo menos dois medicamentos de classes diferentes. A maioria das pessoas toma de três a quatro medicamentos antirretrovirais. Porém, muitos medicamentos não podem ser utilizados juntos, pois interagem entre si potencializando os efeitos tóxicos ou inibindo a sua ação.” Disponível em: <www.aids.gov.br>. Acessado em: 27 de Setembro de 2009.

⁴⁴ AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. *AIDS e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. p. 35.

“Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento”.

Por meio dessa lei, o Brasil tornou-se o primeiro país em desenvolvimento a garantir o acesso dos portadores do vírus da AIDS ao medicamento de controle da doença, passo decisivo, sem dúvida, para que se avance no sentido do acesso à saúde, da valorização dos direitos humanos, dos direitos de personalidade, e da dignidade da pessoa⁴⁵.

⁴⁵ Deve ser garantido ao portador do HIV, inclusive, medicação necessária ao seu tratamento que não conste nos protocolos do Ministério da Saúde, garantindo a efetividade do direito à saúde, conforme se vê: “DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO, OS QUAIS COMPÕEM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 1. No que se refere aos portadores do vírus HIV, dispõe o art. 1º da Lei nº 9.313/96 que “os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento”. Ressalte-se que o Sistema Único de Saúde é composto pela União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. 2. Embora o medicamento ora pretendido - Agenerasde (Amprenavir) - não esteja inserido nas recomendações do Ministério da Saúde, fundamental é que o fornecimento gratuito deve abranger toda a medicação necessária ao tratamento dos soropositivos, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente. 3. A padronização dos medicamentos necessários ao tratamento de AIDS não é elenco taxativo a ser adquirido pelo SUS, vez que o direito à vida, constitucionalmente reconhecido, não pode ser tolhido por falta de regulamentação. 4. Os exames e medicamentos necessários são ainda indeterminados, estando, pois, ligados ao quadro evolutivo da doença, sendo cabível na espécie a formulação do pedido genérico, a teor do disposto no inciso II do art. 286 do CPC. Ademais, a condenação no fornecimento das análises laboratoriais representa mera ratificação da obrigação do Estado de prover tais exames. 5. O art. 196 da Lei Fundamental não é norma programática, conforme precedente do STF. 6. Recursos do Estado do Rio de Janeiro e da União Federal conhecidos,

Como se vê, os portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida formam determinada parcela da população que, por viverem em condições especiais, possuem necessidades igualmente especiais.

3.3. Do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida: restrições e atentados à sua dignidade

Desde o surgimento da doença até os dias de hoje, os soropositivos foram vítimas das mais variadas formas de preconceito, expresso ou velado, que partiram de todas as classes sociais.

Muitos atribuem tal preconceito ao surgimento da doença, visto que a mesma se verificou primeiramente entre a comunidade homossexual norte-americana. Tendo sido comum, à época (décadas de 70 e 80), acreditar-se ser doença “dos gays”, mas atualmente o vírus encontra-se presente nas mais diversas esferas sociais, alcançando mulheres e homens nas mais diversas faixas etárias, profissões, nacionalidades e culturas, conforme já referido anteriormente.

No entanto, conforme elucida Arletty Pinel, “os cartazes sobre a AIDS quase nada diferem dos elaborados sobre a sífilis no início do século, e muitos de nós ainda acreditam que ela é uma doença de homossexuais, drogados e prostitutas”⁴⁶.

Verifica-se, portanto, a constante necessidade de reafirmarmos os direitos e a cidadania desse grupo de pessoas, garantindo-lhes acesso ao Sistema Público de Saúde, ao mercado de trabalho, bem como assegurando seus direitos fundamentais, tais como à vida, liberdade, a própria saúde e bem estar, e, principalmente para os fins desse trabalho, os direitos de personalidade que garantem o respeito à vida privada, à intimidade⁴⁷.

mas improvidos. Remessa necessária conhecida, e improvida.” (Processo: 2000.51.01.030645-4 Publicação: DJ de 22/02/2006, p. 194)

⁴⁶ PINEL, Arletty e INGLES, Elisabete. *O que é AIDS?*. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 92-93.

⁴⁷ A preocupação com as questões jurídicas atinentes ao portador do HIV fica evidente nesta notícia divulgada na página do Governo Federal destinada a tratar apenas de assuntos relativos à AIDS: “Saúde destina R\$ 1,3 milhão para projetos de assessorias jurídicas em DST e AIDS - O Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais do Ministério da Saúde lança nesta quarta-feira, 7 de outubro, edital para seleção de projetos de assessoria jurídica em direitos humanos, doenças sexualmente transmissíveis, HIV e AIDS voltados para pessoas que vivem

Muito tem sido feito a esse respeito, mas não parece alcançar proximidade com o suficiente. Merece destaque, por evidenciar o potencial da sociedade civil organizada, parte importantíssima na luta pelos direitos do portador do HIV, a edição da “Declaração dos direitos fundamentais da pessoa portadora do vírus da AIDS”, elaborada durante o Encontro Nacional de ONG’s que trabalham com AIDS, em 1989.

O documento destaca a preservação de direitos básicos como o acesso ao sistema de saúde, a não-discriminação e preservação o direito à vida privada e à intimidade do portador, ao garantir seu direito de comunicar sua condição apenas a quem desejar e ao impedir a referência à doença de alguém sem sua prévia autorização⁴⁸.

Resta claro, portanto, que, a população portadora do vírus da AIDS pertence a uma classe social que possui maior vulnerabilidade quanto aos seus

com HIV e AIDS e populações vulneráveis. As organizações da sociedade civil podem apresentar propostas de no máximo R\$ 40 mil para serem utilizados em 2010.” Disponível em <http://www.aids.gov.br>. Acessado em 09 de Outubro de 2009.

⁴¹ “I - Todas as pessoas têm direito à informação clara, exata, sobre a AIDS. Os portadores do vírus têm direitos a informações específicas sobre sua condição.

II - Todo portador do vírus da AIDS tem direito à assistência e ao tratamento, dados sem qualquer restrição, garantindo sua melhor qualidade de vida.

III - Nenhum portador do vírus será submetido a isolamento, quarentena ou qualquer tipo de discriminação.

IV - Ninguém tem o direito de restringir a liberdade ou os direitos das pessoas pelo único motivo de serem portadoras do HIV/AIDS, qualquer que seja sua raça, nacionalidade, religião, sexo ou orientação sexual.

V - Todo portador do vírus da AIDS tem direito à participação em todos os aspectos da vida social. Toda ação que tende a recusar aos portadores do HIV/AIDS um emprego, um alojamento, uma assistência ou a privá-los disso, ou que tenda a restringi-los à participação nas atividades coletivas, escolares e militares, deve ser considerada discriminatória e ser punida por lei.

VI - Todas as pessoas têm direito de receber sangue e hemoderivados, órgãos ou tecidos que tenham sido rigorosamente testados para o HIV.

VII - Ninguém poderá fazer referência à doença de alguém, passada ou futura, ou ao resultado de seus testes para o HIV/AIDS sem o consentimento da pessoa envolvida. A privacidade do portador do vírus deverá ser assegurada por todos os serviços médicos e assistenciais.

VIII - Ninguém será submetido aos testes de HIV/AIDS compulsoriamente, em caso algum. Os testes de AIDS deverão ser usados exclusivamente para fins diagnósticos, para controle de transfusões e transplantes, e estudos epidemiológicos e nunca qualquer tipo de controle de pessoas ou populações. Em todos os casos de testes, os interessados deverão ser informados. Os resultados deverão ser informados por um profissional competente.

IX - Todo portador do vírus tem direito a comunicar apenas às pessoas que deseja seu estado de saúde e o resultado dos seus testes.

X - Toda pessoa com HIV/AIDS tem direito à continuação de sua vida civil, profissional, sexual e afetiva. Nenhuma ação poderá restringir seus direitos completos à cidadania”.

direitos. É de fácil percepção que foi criado um estigma negativo em torno dessas pessoas, o qual causou grande desconforto e até hoje alimenta a discriminação.

O próprio termo “aidético” é profundamente discriminatório, a ponto de se preferir, atualmente, as expressões “pessoas vivendo com HIV” se estão na fase de infecção e “pessoas vivendo com AIDS” se já manifestaram a doença.

Dentre os direitos continuamente violados, estão dos direitos de personalidade, mais especificamente os direitos à intimidade e privacidade, aos quais o estudo pretende se dirigir.

Com o avanço tecnológico e as conquistas sociais, cada vez mais se evidencia a exposição da essência do ser humano, criando novas situações infrativas de direitos, as quais devem ser suprimidas pelo Ordenamento Jurídico.

O mesmo ocorre com o portador de HIV, que, ao ter sua vida privada exposta, além do constrangimento, tem ainda que passar pela discriminação pública que pode repercutir em sua vida social de diversas formas: no âmbito laboral, comercial, familiar, dentre outros.

Assim, conforme afirma José Cabral Pereira Fagundes Júnior:

“o portador do HIV, hoje em dia, não sofre apenas das doenças oportunistas, ele igualmente padece com a discriminação, o preconceito e o desamparo, quando assiste desrespeitarem-lhe a inviolabilidade do seu direito à vida privada e à intimidade, que lhe deveriam ser garantidos, exatamente em razão da sua dignidade, como pessoa humana”⁴⁹.

E segue o mesmo autor afirmando que tal fato deve ser considerado por todos os juristas, para concluir que:

“a busca, portanto, pela efetividade do respeito à vida privada e à intimidade dos portadores do HIV, resulta da consequência natural da observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visando realçar os objetivos da República Federativa do Brasil, notadamente no que concerne à construção de uma sociedade livre, justa e solidária...”⁵⁰.

⁴⁹ FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral. *Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 57.

⁵⁰ Idem. Ibidem. p.83.

Evidencia-se, assim, que é fundamental resguardar os direitos à vida privada e à intimidade do portador de HIV, visto que o mesmo pertence a uma minoria social vítima de um passado ignorante e preconceituoso. Trata-se de uma doença que, por ter surgido há menos de 30 anos, gerou os mais diversos desafios no âmbito científico, e agora traz as mais diversas questões ao Direito, que deve se adequar de forma dar efetividade aos direitos fundamentais desta minoria.

Diante disso, próxima etapa de nosso estudo se dedicará, a evidenciar os abusos perpetrados contra a vida privada e a intimidade do portador de HIV, em detrimento do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, em um dos mais importantes âmbitos da vida do indivíduo, como instrumento de afirmação da dignidade: o trabalho.

CAPÍTULO 4: LESÕES AOS DIREITOS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE DO PORTADOR DE HIV NO AMBIENTE DE TRABALHO

Conforme já visto, desde o surgimento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, muitos foram os esforços no sentido de entender, diagnosticar e controlar o mal. Assim, a comunidade médica passou a buscar formas de controlar o avanço da doença, a sociedade civil se organizou procurando conscientizar a população sobre o contágio, ao mesmo tempo em que se procurava evitar a discriminação dos portadores do vírus transmissor, e aos operadores do direito restou a tarefa de procurar meios de que buscassem promover a qualidade de vida daqueles que convivem com o vírus, afirmando seus direitos e sua condição de cidadãos.

Nesse novo paradigma, muitos desafios surgiram no âmbito jurídico e, principalmente, concernentes aos direitos de personalidade. Passaremos a analisar, neste capítulo, as violações dos direitos à vida privada e intimidade no ambiente de trabalho.

Apesar do avanço nas informações obtidas a respeito da AIDS, suas formas de transmissão e prevenção, ainda há muito preconceito e discriminação⁵¹ com relação aos acometidos pela doença, inclusive no ambiente de trabalho.

Essa atitude discriminatória tem sido, acertadamente, caracterizadora de assédio moral, vez que provoca o isolamento e a humilhação do trabalhador, seguidas, não raramente, de seu pedido de demissão.

Cada vez mais se faz necessário garantir a preservação da dignidade do trabalhador, que, em decorrência da subordinação e da hierarquia inerentes à relação empregatícia, muitas vezes não é capaz de afirmar seus direitos. Nas palavras de Luiz Salvador:

“... o contrato de trabalho adquiriu status constitucional a partir de 05.10.88. As novas conquistas resultantes dos direitos fundamentais e sociais previstos nos arts. 5º e 7º da CF impõem

⁵¹ Segundo a Convenção nº. 111 da OIT, considera-se discriminação “a distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão”

aos empregadores novas responsabilidades, além das de pagar salário, cabendo-lhes oferecer ao trabalhador um local de trabalho sadio, seguro, onde haja inclusive respeito à sua dignidade, à sua personalidade, à própria honra, onde possa trabalhar; e, ao ser demitido, esteja em perfeito estado de saúde física e mental para o seu possível e viável retorno ao mercado de trabalho, sob pena de responder pelas indenizações previstas, decorrentes ou não de infortúnios acidentários ou mesmo de dano moral e perante a Justiça do Trabalho.”⁵²

Nossa Constituição, ao assegurar em seu art. 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais, a igualdade, garantindo que “todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza”, impôs o dever de não-discriminação dos portadores do HIV, resguardando o seu direito de não ser perseguido em seu ambiente de trabalho, como forma de garantir a isonomia.

Apesar da Consolidação das Leis do Trabalho não mencionar, diretamente, a proteção dos direitos à intimidade e à vida privada do empregado, conforme já vimos anteriormente, tratam-se de direitos de personalidade oponíveis *erga omnes*, sendo, portanto, oponíveis inclusive contra o empregador dentro do ambiente de trabalho.

Além disso, sabe-se que o indivíduo acometido pela AIDS é plenamente capaz de realizar seu trabalho como qualquer outro empregado, salvo se a doença encontrar-se em seus estágios mais avançados. Mais ainda, o trabalho, para essas pessoas, muitas vezes é sinônimo de vida, vez que garante seu sustento e sua dignidade pessoal, fazendo com que sejam respeitados pela comunidade e contribuindo para sua sensação de segurança.

Nossos empregadores, no entanto, insistem em promover atos discriminatórios e dispensas arbitrárias, baseados no fato de o empregado ser portador do vírus da AIDS, como se o mesmo representasse perigo ao seu corpo de funcionários, ou mácula na reputação da Empresa.

⁵² SALVADOR, Luis. Realidade atual acrescenta novos contornos à caracterização do contrato de trabalho, enquadrando-se nas regras de competência da justiça do trabalho. Boletim Bonijuris Legislação Trabalhista, Curitiba, nº 260, p. 3312, 30 de Outubro de 2000. *Apud* GARCEZ, Maximiliano Nagl. *A vida privada e a relação de emprego*. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2001. p. 50.

Como assevera Margarete de Paiva Simões Ferreira, “em poucos anos de epidemia, evidenciou-se que um ambiente social discriminatório é contraproducente para o sucesso dos programas de prevenção e assistência, tornando hegemônicos os discursos que combatem as discriminações. Apesar disto, a discriminação ainda persiste”⁵³.

Assim, observa-se que tão importante quanto o constante aprimoramento das normas jurídicas, no sentido de se proteger com cada vez mais afinho os direitos do portador de HIV, é o combate ao preconceito social com o qual os soropositivos têm que conviver diariamente, seja no emprego, no âmbito familiar, ou em meio a sua comunidade.

Os atentados sofridos pelos portadores do HIV, no que concerne aos seus direitos de personalidade configuram verdadeiras afrontas à dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro e cláusula geral de personalidade. Consistem, portanto, em condutas incompatíveis com a Constituição Federal, as quais, no entanto, continuam sendo praticadas⁵⁴.

Diante da importância do trabalho para o portador do HIV, enquanto instrumento de afirmação e inserção social e como forma de subsistência, trata-se, a seguir, das lesões aos direitos à intimidade e à vida privada do empregado portador do HIV durante a relação de emprego, bem como suas conseqüências.

4.1. Da realização do teste anti-HIV na fase de contratação

De antemão, pode-se dizer que o empregador não pode exigir qualquer método para desvendar aspectos da personalidade do candidato à vaga de emprego. É o que assegura a Convenção nº. 111 da Organização Internacional

⁵³ FERREIRA, Margarete de Paiva Simões. *AIDS: da violência aos direitos humanos à construção da solidariedade*. Disponível em <www.aids.gov.br>. Acessado em 25 de Abril de 2009.

⁵⁴ Sobre a efetividade das normas constitucionais, cita-se a enfática crítica de Fábio Konder Comparato: “Não sejamos ridículos. A constituição de 1988 não está mais em vigor. É pura perda de tempo discutir se a conjunção ‘e’ significa ‘ou’, se o caput de um artigo dita o sentido de um parágrafo ou se o inciso tem precedência sobre a alínea. A constituição é hoje, o que a Presidência quer que seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário.” COMPARATO, Fábio Konder. *Uma morte espiritual*. Folha de São Paulo, 14 de maio de 1998. Caderno Opinião, p.3. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz14059809.htm>>. Acessado em 09 de Agosto de 2009.

do Trabalho, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, em seu art. XII, ao declarar que: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ataques”.

Não pode ser permitida coleta de informações que dizem respeito à sexualidade, religião ou tendência política do candidato, que deve ser avaliado somente no tocante à atividade profissional desempenhada.

No entanto, tal prática tem sido muito comum, tendo em vista que, conforme Sandra Lia Simon, “a ocorrência de lesão ao direito à intimidade e à vida privada, sem que haja resistência por parte do trabalhador, é mais provável durante o processo seletivo. Primeiro, porque o candidato teme que a sua contratação deixe de se concretizar. Segundo, porque além de não se concretizar, a empresa pode informar sua eventual ‘resistência’ a outras empresas, que também poderão deixar de admiti-lo por tal motivo”⁵⁵.

Assim, também se pode afirmar que não é permitido, ao empregador, exigir a realização do teste anti-HIV como condição para a admissão, vez que, conforme demonstra o art. 168 da Consolidação das Leis do Trabalho, a seguir transcrito, o exame admissional serve, somente, para apurar a capacidade laborativa do futuro empregado:

“Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I - a admissão;

II - na demissão;

III - periodicamente

§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames:

a) por ocasião da demissão

b) complementares.

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e

⁵⁵ SIMON, Sandra Lia. *A proteção da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 129.

mental do empregado para a função que deva exercer. (grifo nosso)

(...)

§ 5º - O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica”.

A exigência do exame, portanto, viola normas éticas e legais, visto que viola o direito à intimidade do candidato, o qual poderá se negar a fazer o exame. Trata-se de medida que “não revela um justificado interesse público ou do empregador, em particular, a ponto de afastar os direitos fundamentais dos candidatos, constituindo-se, na realidade, medida discriminatória e infringidora. Notadamente, do direito à intimidade dos que a ele [exame] se submetem”⁵⁶.

Afinal, a lei é clara ao declarar que os exames devem dizer respeito, tão somente, à apuração da capacidade física e mental do candidato, sendo pouco mais que evidente que não há qualquer justificativa jurídica para expor o empregado soropositivo à sociedade, ao empregador, ou aos colegas de trabalho, se sua condição não oferece riscos a terceiros.

E não se trata, como podem afirmar os defensores do teste, de exame comum de saúde, como outro qualquer, visto que a AIDS, é sabido, traz consigo enorme carga de mistificação e preconceito, o que exige intensificação da proteção dos direitos de personalidade do trabalhador, visto ser o empregador, em regra, a parte mais forte na relação.

Nesse sentido, merece destaque a Resolução nº. 1.665/2003 do Conselho Federal de Medicina, a qual dispõe sobre o sigilo médico, no que concerne ao portador de HIV:

“Art. 9º - O sigilo profissional que liga os médicos entre si e cada médico a seu paciente deve ser absoluto, nos termos da lei, e notadamente resguardado em relação aos empregadores e aos serviços públicos.

Parágrafo único - O médico não poderá transmitir informações sobre a condição do portador do vírus da SIDA (AIDS), mesmo quando submetido a normas de trabalho em serviço público ou privado, salvo nos casos previstos em lei, especialmente quando disto resultar a proibição da internação, a interrupção ou limitação

⁵⁶ SAMPAIO, José Adécio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 337.

do tratamento ou a transferência dos custos para o paciente ou sua família.

Art. 10 - O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS), salvo nos casos determinados por lei, por justa causa ou por autorização expressa do paciente ⁵⁷.

Da leitura do art. 10, denota-se sem dificuldades que o teste só pode ser realizado com expressa concordância do trabalhador, seja candidato ou empregado, o qual deverá ser o primeiro a ser informado do resultado e poderá exigir o sigilo médico, caso ache necessário⁵⁸.

Na mesma linha de pensamento encontra-se a Portaria Interministerial nº. 869, de 11 de Agosto de 1992, a qual se direcionou no sentido de “proibir, no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste para detecção do vírus de imunodeficiência adquirida, tanto nos exames pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde” ⁵⁹.

⁵⁷ Disponível no site do Conselho Federal de Medicina: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acessado em 07 de julho de 2009.

⁵⁸ Vale lembrar que o Código de Ética Médica, em seu art. 150, determina que ao médico não cumpre revelar informações íntimas aos empregadores, a respeito do empregado, sendo vedado ao médico, portanto: Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade. Além disso, também o art. 169 da consolidação das Leis do trabalho veda a comunicação dos resultados dos exames ao empregador.

⁵⁹ “Merecem destaque a Informação N° 29 da Comissão Científica de AIDS, da Secretaria da Saúde de São Paulo (sorotipagem pré-cirúrgica), e o Parecer n° 11/92, do Conselho Federal de Medicina, assegurando a voluntariedade e a preservação do sigilo com relação aos pacientes submetidos aos testes anti-HIV.

Também no sentido da não discriminação do HIV-positivo fala a recomendação da XI Reunião da Comissão Nacional de Apoio ao Programa da AIDS, de 18/04/89, e a manifestação do Ministério da Saúde, por meio da Divisão Nacional das Doenças Sexualmente Transmissíveis, da Secretaria Nacional de Programas Especiais de Saúde e Conselho Federal de Medicina, esta última contendo disposição específica sob o título: “Os Direitos do Trabalhador”.

Merecem ainda referência, por tratarem também da não discriminação do soro-positivo para a AIDS, o parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, de autoria de Antônio Ozório Leme de Barros e Guido Levi, e a Informação N° 27 da Comissão Científica de AIDS da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, publicada no Diário Oficial de 15/07/89, contra-indicando a triagem sorológica dos empregados nas empresas, “à admissão ou em exame periódico, mediante teste para a evidencição da presença de anticorpos contra o HIV”.

SEGRE, Mauro. Questões suscitadas pela AIDS em Saúde Ocupacional. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v1/questoes.html>>. Acessado em 07 de Julho de 2009.

As lúcidas justificativas para tal medida merecem aqui ser transcritas:

- “a) os artigos 13 e 14 da Lei N° 8.112/90 exigem somente a apresentação de um atestado de aptidão física e mental, para posse em cargo público;
- b) a sorologia positiva para o vírus HIV em si não acarreta prejuízo da capacidade laborativa de seu portador;
- c) os convívios social e profissional com portadores do vírus não configuram situações de risco;
- d) as medidas para o controle da infecção são a correta informação e os procedimentos preventivos pertinentes;
- e) a solidariedade e o combate à discriminação são meios de que a sociedade dispõe para minimizar o sofrimento dos portadores do HIV e das pessoas com AIDS;
- f) o manejo dos casos de AIDS deve ser conduzido segundo os preceitos da ética;
- g) as pesquisas relativas ao HIV vêm apresentando surpreendentes resultados, em curto espaço de tempo, no sentido de melhorar a qualidade de vida dos indivíduos infectados e doentes.”

Ainda, na esteira do pensamento de Margarete de Paiva Simões Ferreira⁶⁰, podemos dizer que o eventual interesse do empregador em violar a intimidade e a privacidade do candidato ao preenchimento da vaga, somente poderia vir a parecer honesto quando ficasse assegurado o sigilo, a voluntariedade do ato e a confidencialidade, no aconselhamento pré e pós-teste, acrescidos da abordagem informativa sobre o HIV, pois o bom patrão deve zelar pela saúde dos subordinados.

4.2. Das exceções à regra: a realização do exame como garantia da saúde pública

Diante desse contexto, resta ainda nos debruçarmos sob os casos que representa maior dificuldade para os profissionais do direito, ao se analisar a não-obrigatoriedade dos testes anti-HIV. Tratam-se daqueles profissionais que desempenham atividades que possam oferecer ameaça de contágio direto ou

⁶⁰ FERREIRA, Margarete de Paiva Simões. *AIDS: da violência aos direitos humanos à construção da solidariedade*. Disponível em <www.aids.gov.br>. Acessado em 25 de Abril de 2009.

indireto, ou, ainda, daqueles que trabalham em contato direto com sangue humano. Ocorre que, nesses casos, por suas condições especiais, deve haver uma seleção na escolha dos candidatos, para impedir que haja a transmissão da doença.

Assim, tanto candidatos ao trabalho em hospitais gerais nas funções de médicos, enfermeiros, atendentes e dentistas, bem como candidatos cuja função seja manipular sangue humano e hemoderivados, por cautela, devido aos riscos que as funções representam, devem realizar o teste de verificação de sorologia antes de serem admitidos.

Alice Monteiro de Barros relata, em sua obra “Proteção à intimidade do empregado”, caso ocorrido na Itália em que Patrizia Marchioro interpôs ação contra a Associação de Obra Imaculada Conceição, por ter sido demitida ao se recusar a realizar o teste anti-HIV. A Corte Constitucional italiana posicionou-se no sentido de que a exigência de atestado médico feita à autora não era discriminatória, mas configurava um ônus inerente às suas funções profissionais, que abarcavam tarefas em que havia perigo de contágio.

A doutrinadora então pondera, sabiamente, que “a defesa do contágio por doenças infecto-contagiosas corresponde não só a um interesse geral e social, mas a um verdadeiro direito subjetivo de cada cidadão de ser preservado dos sujeitos portadores de um mal, ao qual corresponde um dever inderrogável de solidariedade social, que torna exigíveis de todos os cidadãos formas de colaboração (voluntária ou coagida) com fins da proteção do bem comum”⁶¹.

Não se trata, ressalte-se, de uma discriminação consentida, mas sim de uma precaução em benefício do próprio trabalhador, evitando prejuízos à sua saúde. Nas palavras de Ivo Eugênio Marques, tratam-se de “situações especiais em que o direito à privacidade vem a ser limitado pelo direito à vida, particularmente dos pacientes. Aliás, o espírito da legislação e o princípio da não-discriminação, em tal caso, não estaria arranhado se fosse, aí, exigida a realização de exames para detectar não apenas o vírus HIV, como quaisquer

⁶¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 93-94.

outras enfermidades infecto-contagiosas que implicassem em risco para outras pessoas, igualmente protegidas pela ordem constitucional”⁶².

Não se trata, nem mesmo, de afronta ao art. 168 da CLT, neste trabalho já mencionado, visto que se trata de exame que visa, de fato, apurar a aptidão física do candidato, que se arriscaria e arriscaria a todos os outros, caso desempenhasse qualquer das funções supracitadas e, direta ou indiretamente, provocasse o contágio de alguém.

É pouco mais que evidente, diante do já demonstrado, que a positividade do HIV não pode ser justificativa plausível para recusa de um candidato, haja vista que nem mesmo o teste, na maioria das situações, pode ser exigido. Mas, diante de casos especiais, como os acima mencionados, pode-se admitir, sem sombra de dúvida, a prevalência da saúde pública, em detrimento do direito à intimidade e à vida privada.

Daí conclui-se que a proibição do exame de HIV poderá comportar exceções, diante de determinados casos concreto.

4.3. Da dispensa imotivada

Conforme já afirmamos anteriormente, o trabalho, para o portador do HIV, muito além de ser um meio de garantir sua subsistência, é um desdobramento do direito à vida digna, garantindo ao indivíduo o respeito da sociedade, e proporcionando a ele um sentimento de aceitação e acolhimento, vez que faz com que o mesmo se sinta integrado socialmente. Diante disso, pode-se considerar os efeitos nefastos da dispensa do portador do HIV em razão de sua condição.

Sabe-se que em qualquer relação de emprego, o empregado encontra-se em posição claramente inferior, devido à existência da subordinação hierárquica. Em outras palavras, observa-se que o empregado é pólo

⁶² MARQUES, Ivo Eugênio. AIDS e direito do trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho ; v. 10, n. 19 (mar. 2000), p. 63-72. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/site/download/revista-mpt-19.pdf>>. Acessado em 16 de Agosto de 2009.

hiposuficiente da relação empregatícia, subordinado ao empregador e ao seu poder diretivo.

No entanto, esse poder de direção que possui o empregador deve ser utilizado com parcimônia, de forma responsável, não abarcando qualquer tentativa de abuso de poder ou discriminação. O que nos leva a adiantar, desde já, que não é admissível a dispensa do empregado tão somente devido ao fato do mesmo ter contraído o vírus da AIDS antes ou durante a existência do vínculo de emprego.

A nossa Constituição Federal⁶³, em seu art. 7º, garantiu, dentre os direitos sociais, a proteção do empregado contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, prevendo a elaboração de lei complementar.

Ocorre que tal lei complementar que regularia as situações de dispensa imotivada nunca existiu, o que resultou em inúmeros problemas no âmbito do Direito do Trabalho, devido à inexistência de estabilidade empregatícia.

Não demorou muito, e os nossos Tribunais do Trabalho se viram diante de milhares de ações que objetivavam a reintegração ao emprego pelos mais diversos motivos. Cumpre aqui analisarmos os casos de dispensa do empregado soropositivo e o dever do empregador de reintegrá-lo ao ambiente de trabalho.

Para garantir o direito ao trabalho ao portador do HIV, surgiram, nos Tribunais, duas correntes. A primeira considera a dispensa baseada em tal razão uma “Dispensa Discriminatória”, e declara nula toda discriminação que tiver por fundamento o fato de o empregado ser soropositivo ou doente de AIDS, determinando o imediato retorno ao trabalho. Assim manifestam-se muitos magistrados brasileiros, conforme se vê:

"REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS DA AIDS -CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o

⁶³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida. (Processo: 0217791 Ano:95 Acórdão número 0003473 Ano:97 Data:14-05-97 Relator: Ministro Valdir Righetto).

“RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - DISCRIMINAÇÃO - ART. 3º, IV, CF - REINTEGRAÇÃO - PODER DE CAUTELA DO JUIZ - Ao virulento alastramento do vírus HIV no mundo correspondeu ampla divulgação dos seus sintomas, de forma que as características físicas de sua manifestação já são de conhecimento das camadas esclarecidas. O caráter discriminatório do portador dessa doença é notório e de repercussão mundial. Incurrendo razão disciplinar, econômica ou financeira para o despedimento do soropositivo, é flagrante a discriminação que atenta contra o art. 3º, IV, da Constituição Federal. (...) A imediata reintegração do soropositivo, determinada em sentença originária, objetiva tão somente evitar o perecimento do direito reconhecido, ante a inquestionável presença do periculum in mora, não raro concretizado em desenlace no curso da demanda. Essa determinação, aliás, está legalmente respaldada no poder geral de cautela do juiz.”
(TRF 2ª R. - Acórdão unânime da 8ª T., publicado em 17/05/95 – Recurso Ordinário 029.404.592-79.)

A segunda considera tal dispensa uma “Dispensa Obstativa de Direitos”, proibindo a dispensa do empregado doente de AIDS por considerá-la obstativa do direito ao acesso aos benefícios previdenciários, tratamento médico de saúde, determinando a reintegração. Conforme se vê abaixo:

EMPREGADO PORTADOR DA SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA - AIDS: Sendo do conhecimento da reclamada que o obreiro estava acometido pelo vírus da HIV, e que sua gravidade é notória, aplica-se o disposto no artigo 476, da CLT, constituindo-se arbitrária e obstativa a dispensa do soropositivo, que se vê impedido de pleitear os benefícios previdenciários contidos na Lei 7.670/88, face a ausência de motivo disciplinar, econômico ou financeiro para a despedida.
(TRT 2ª Região, Recurso Ordinário 19990416438, Processo nº 02980449746/1998, 6ª Turma, Relatora Maria Aparecida Duenhas, julgado em 10/08/1999, publicado DOE SP 27/08/1999)

"AIDS. DOENÇA JÁ MANIFESTADA. Quando o empregado já não é simplesmente um portador do vírus HIV, ou seja, quando a doença denominada AIDS, já se manifestou, a dispensa sem justo motivo, mesmo não comprovada a discriminação pela doença letal, é vedada, pois caracteriza-se como obstativa ao percebimento do Direito Previdenciário contido na Lei nº 7.670, de 8 de setembro de 1988. É sobejamente sabido que o empregado gravemente enfermo, com doença letal em desenvolvimento, não pode ser demitido. O art. 476 da CLT é claro ao informar que o empregado que está em auxílio-doença ou auxílio-enfermidade é considerado em licença remunerada, durante o prazo desse benefício. Não se pondere no sentido de que o autor estava em seguro-doença ou auxílio-enfermidade, uma vez que a reclamada impediu-lhe a obtenção desse benefício quando o demitiu. Não pode a reclamada obstar o reclamante de perceber o benefício previdenciário e talvez a aposentadoria."

(TRT/SP 02920254140- Acórdão 7ª T. 35.453/94, Relatora: Juíza Rosa Maria Zuccaro, publicado no DOE em 08.09.94.)

Apesar das divergências, é evidente, diante de ambas as correntes jurisprudenciais, a tendência dos nossos Tribunais de protegerem o direito do empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. Isso se dá porque, consoante já dito, não cabe ao empregador a invasão da vida privada e da intimidade dos seus empregados, a não ser que seja fundamental ao desempenho das funções específicas do trabalhador.

Nesse sentido, o Parecer nº 14 de 1988, do Conselho Federal de Medicina, sobre "AIDS e ética médica", redigido por Antônio Ozório Leme de Barros e Guido Carlos Levi, afirma que:

"A demissão de trabalhadores infectados pelo HIV, além de inaceitável sob os pontos de vista científico, ético e humano, pode trazer reflexos negativos para a sociedade em seus esforços para conter esta epidemia. É óbvio que, privados de seus empregos e, muitas vezes, por consequência, também de assistência médica e de condições dignas de existência, poderão alguns portadores do HIV se encaminhar justamente para atividades que os tornarão mais perigosos no tocante à disseminação da infecção - prostituição, tráfico e consumo de drogas, comércio de sangue, etc."

Ainda, deve-se salientar que é direito do trabalhador, ao sofrer qualquer tipo de discriminação em decorrência de sua sorologia, caracterizando assédio moral⁶⁴, requerer indenização, perante a Justiça do Trabalho, conforme demonstram as jurisprudências a seguir:

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO - REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DE AIDS - RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA. Impossível colher prova mais robusta da discriminação contra o aidético do que sua dispensa imotivada, especialmente quando o exame demissional o considera apto para o trabalho. É a segregação silenciosa de quem busca livrar-se de um presumido problema funcional lançando o empregado portador do vírus HIV à conta do Poder Público e à sua própria sorte. Como participante de sua comunidade e dela refletindo sucessos e insucessos, ganhos e perdas, segurança e risco, saúde e doença, a empresa consciente de suas responsabilidades sociais atualmente já assimila o dever de colaborar na luta que amplamente se trava contra a AIDS e, através de suas lideranças, convencionou condições coletivas em que se exclui a exigência de teste HIV por ocasião da admissão no emprego ou na vigência do contrato, e veda a demissão arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus, assim entendida a despedida que não esteja respaldada em comprovado motivo econômico, disciplinar, técnico ou financeiro. E isso sob o fundamento de que a questão envolve a vulnerabilidade da saúde pública, não podendo a categoria econômica furtar-se à responsabilidade social que inegavelmente detém. Além do mais, a inviolabilidade do direito à vida está edificada em preceito basilar (artigo 5º, caput, da Constituição Federal). Recurso a que se dá provimento. DECISÃO por maioria de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso ordinário para condenar a reclamada a pagar ao autor o que se apurar, como extras, pelas horas que excediam a 6ª trabalhada diariamente ou a 36ª semanal, acrescidas dos reflexos já

⁶⁴ Conforme assevera Pinho Pedreira, “no período pré-contratual, (...) quando o empregador submete o candidato a emprego a testes absolutamente desnecessários, vexatórios ou humilhantes, ou quando divulga, na empresa ou fora dela, que um trabalhador não foi admitido como empregado por ser cleptomaniaco, homossexual ou aidético. Ainda quando a causa alegada seja verdadeira constituirá dano extra patrimonial a publicidade do fato por desnecessária. E se for inverídica muito mais grave será o dano e mais justificada a reparação. O dano moral pode ainda ser infligido na fase contratual e o é quando o empregador deixa de cumprir certas obrigações derivadas do contrato de trabalho, como as de higiene e segurança do trabalho e de respeito à dignidade do trabalhador como pessoa humana. Também este pode ser autor de dano moral ao patrão se descumprir a sua obrigação, derivada da relação empregatícia, de tratá-lo, igualmente, assim como aos seus representantes, com respeito à personalidade e dignidade de todos eles.”. PEDREIRA, Pinho. A reparação dos Danos no direito do trabalho. *Revista do tribunal Regional do trabalho da 5ª região*. Salvador, nº 12, setembro de 1992. p. 55

assegurados na sentença recorrida, em relação à sobrejornada originariamente reconhecida; bem como para declarar a nulidade da rescisão, com o pagamento dos salários desde a data da dispensa discriminatória até a efetiva reintegração, bem como indenização complementar por dano moral, ora arbitrada em 50 (cinquenta) salários mínimos, tudo, nos termos da fundamentação do voto, vencido parcialmente o Exmo. Juiz Eduardo de Azevedo Silva. Custas complementares sobre R\$ 18.000,00, no importe de R\$ 350,00.

(TRT 2ª Região, Recurso Ordinário 20010032465, Processo nº20000089774/2000, 8ª Turma, Rel. Juiz Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva, julgado em 30/10/2000, publicado no DOE/SP em 27/03/2001)

EMENTA AIDS - DISCRIMINAÇÃO - DANOS MORAIS. O trabalhador, portador do vírus HIV, que passou a ser tratado pelo superior hierárquico de "a coisa" e "estorvo", em virtude de doença de que padece, faz jus à indenização por danos morais sem qualquer margem de dúvidas. É inafastável a repugnância que nos toma conta quando sabemos existir em nossa sociedade, muitas vezes próximas ao nosso convívio, pessoas com mentalidade tão medíocre e comportamento tão desumano e pequeno, ocupando cargos e dirigindo vários subordinados. Estes, sim, são portadores dos males do século, a falta de solidariedade e respeito pelo ser humano. Recurso provido por unanimidade DECISÃO Unânime. Provido parcialmente (reclamante). Maioria. Provido parcialmente (reclamada). Vencidos parcialmente os Juízes Abdalla Jallad e Antonio Carlos Paludo.

(TRT - 24ª Região; Recurso Ordinário número 1594/97; Relatora Juíza Geralda Pedroso; publicado em DOE em 04.02.1998)

Dentro deste contexto, observa-se que a demissão resultante de simples e cruel discriminação, em razão da soropositividade do empregado, afronta diretamente a dignidade da pessoa humana, provocando, na vida do trabalhador, conseqüências que vão muito além do âmbito econômico, gerando desgaste psíquico, por conta da humilhação sofrida, bem como um grande desgaste social.

CONCLUSÃO

O Direito muito avançou no sentido de garantir aos portadores do HIV a inclusão necessária para que os mesmos tenham garantidos a sua cidadania, bem como sua integridade física e psicológica, permitindo, assim, que vivam na plenitude de sua dignidade. Muito, no entanto, ainda precisa ser feito.

Nesse sentido, é explicável a importância que assumem, nos tempos modernos, os direitos de personalidade, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, os quais são essenciais por protegerem atributos e qualidades do homem, individualizando-o perante o direito. Ou seja, os direitos de personalidade, ao garantirem à pessoa a sua própria condição de pessoa, tornam-se pressuposto para a existência do “sujeito de direitos”, categoria jurídica na qual se funda nosso Ordenamento.

Ocorre que o avanço científico e tecnológico, o vertiginoso crescimento populacional e a aproximação entre os povos, fenômenos típicos da globalização, conseqüências naturais do passar do tempo, contra as quais nada adianta resistir, trouxeram consigo novas questões a serem resolvidas pelo operador do direito. Dentre elas, a violação dos direitos de personalidade.

Para nós, cumpriu a breve análise da violação dos direitos à intimidade e à vida privada do indivíduo acometido da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

Sabe-se que a AIDS é doença que acomete, indistintamente, indivíduos das mais variadas raças, credos, profissões, classes sociais, o que impossibilita qualquer tentativa de associar sua manifestação a um grupo específico. Trata-se de doença que surgiu nos idos de 1980 e que destrói a defesa do organismo, permitindo o aparecimento das “doenças oportunistas”. Estamos diante de uma doença, portanto, que pode acometer qualquer pessoa.

Atualmente, o tratamento que combate o vírus da AIDS combina drogas muito poderosas, as quais trazem os mais diversos efeitos colaterais. Apesar disso, o surgimento de um tratamento eficaz, o qual, ainda que não propicie a cura, é capaz de controlar a doença, foi um passo decisivo para que os indivíduos por ela acometidos pudessem prolongar sua expectativa de vida.

Ainda no que se refere aos medicamentos, é de fundamental importância destacar a postura do Brasil, o qual foi o primeiro país a oferecer gratuitamente o “coquetel anti-HIV”, garantindo o direito à saúde dos portadores do vírus.

Como se vê, atualmente, milhares de cidadãos são portadores do vírus e, devido aos avanços médicos, poderão levar suas vidas dentro de considerável margem de normalidade, o que faz com que os operadores jurídicos se deparem com novas questões, visto que se trata de parcela da população que tem visto seus direitos fundamentais constantemente violados.

A AIDS, desde o seu surgimento, provocou muito medo em toda a comunidade global. Tratava-se de doença incurável e que se agravava rapidamente, provocando a morte de milhares de pessoas. O medo do desconhecido provocou o preconceito e a discriminação, que acompanham os portadores do vírus até os dias de hoje.

Assim, as “vítimas da AIDS” foram objeto das mais diversas manifestações discriminatórias e sofreram variados atentados à sua dignidade. E, até hoje, ao verem violados seus direitos, vão perdendo a condição de cidadãos.

Trata-se, portanto, de um grupo de pessoas cujos direitos são sobejamente vulneráveis. Dentre tais direitos, sem dúvida encontram-se os direitos especiais de personalidade referentes à vida privada e à intimidade, visto que tutelam um conjunto de comportamentos, opiniões e ações sobre os quais o próprio interessado deseja manter controle exclusivo.

Permitir a transposição dos limites traçados pelo indivíduo, no que diz respeito à sua vida privada, caracteriza afronta constitucional, visto que se tratam de direitos protegidos pela Carta Magna, em título dedicado às garantias fundamentais.

No que se refere às relações de emprego, considera-se inconstitucional qualquer tentativa do empregador que se dirija a desvendar aspectos da personalidade do trabalhador ou candidato. Desse modo, o empregado poderá se negar a realizar exames laboratoriais que revelem a sua condição de portador do vírus HIV no momento da contratação. Nesse sentido dispõe a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, bem como o art. 168 da Consolidação das Leis do Trabalho e os mais diversos documentos legais

pátrios. A exigência do exame viola o direito à intimidade do empregado, permitindo a discriminação do mesmo, o qual não será avaliado apenas por sua capacidade para o desempenho das funções exigidas pelo cargo, mas sim descartado em razão de sua sorologia.

Casos de maior dificuldade são aqueles relativos a profissionais que exercem trabalho no qual há ameaça de contágio direto ou indireto ou que manejam sangue humano. São, a título de exemplo, os médicos, enfermeiros, dentistas. Nesse caso, por se tratar de questão de saúde pública, defende-se a realização compulsória do exame. Trata-se de situação de exceção, na qual a limitação do direito à intimidade se dá por conta de outro direito fundamental: o direito à vida.

Poderá ainda o empregado, desde que não se enquadre dentre os profissionais descritos acima, pleitear pedido de reintegração no caso da ocorrência de demissão manifestamente pautada em discriminação.

Tanto a corrente que considera a dispensa do portador do HIV uma “dispensa discriminatória”, quanto a que defende ser tal dispensa “obstativa de direitos”, garantem a proteção do empregado e de sua esfera íntima, em face do empregador.

Ademais, poderá o empregado que vive com AIDS, ao tornar-se vítima de um atentado aos seus direitos à vida privada e à intimidade, pleitear, perante a Justiça do Trabalho, indenização por danos morais.

Dentro disso, observa-se que se torna ainda mais importante garantir a proteção do soropositivo em suas relações de trabalho, quando se sabe que o labor contribui para que o mesmo se sinta seguro e inserido socialmente, gozando de maior estabilidade e tranquilidade, já que possui um emprego. Em outras palavras, pode-se afirmar que o trabalho, para o portador do HIV, muitas vezes é pressuposto para que o mesmo possa usufruir de uma vida digna.

Nesse sentido, deve-se considerar um dos mais clássicos elementos da relação empregatícia: a subordinação. É pouco mais que evidente que o empregado, na relação que mantém com o empregador, é o pólo mais fraco. Mas, sem dúvida, a subordinação do empregado ao poder diretivo do empregador não pode ser justificativa para o desrespeito de direitos fundamentais.

Ou seja, a existência do poder de direção do empregador e a presença da subordinação do local de trabalho, obviamente, não poderão excluir os preceitos constitucionais, os quais, justamente devido à condição hierarquicamente inferior do empregado, deverão vigorar com ainda mais ímpeto.

Assim, não se pode admitir a discriminação e conseqüente humilhação das pessoas que vivem com AIDS, seja no momento em que se encontram em busca de um emprego, seja quando já estão empregadas. Afinal, a Constituição Federal consagrou o direito ao trabalho, como sendo um direito de todo cidadão, bem como asseverou o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e tais direitos são também direitos dos portadores de HIV, os quais, devido às condições de surgimento e disseminação da doença, sofreram e ainda sofrem com as mais variadas formas de preconceito, tornando-se parcela populacional vulnerável, no que tange seus mais elementares direitos.

Portanto, a proteção do soropositivo em seu ambiente de trabalho, bem como a garantia de que o mesmo não deixará de ser contratado por simples preconceito, são conseqüências lógicas de princípios basilares do Direito, tais como a igualdade, a dignidade, a não-discriminação, os quais não podem ser mitigados e devem ser tutelados pelo Ordenamento Jurídico, quer com a criação de leis ordinárias específicas que visem à proteção dessas pessoas, quer mediante sua aplicação direta.

Trata-se de necessidade que vai muito além da proteção do portador do HIV. É fundamental para a preservação dos referidos princípios constitucionais, sem os quais não há Ordenamento Jurídico. Daí se afirmar que enquanto todas as minorias, e dentre elas inclui-se a parcela populacional que vive com AIDS, não tiverem seus direitos fundamentais respeitados, não será efetivo o Estado Democrático de Direito.

Dentro deste contexto, reservar a vida privada das pessoas que vivem com AIDS, mostra-se de fundamental importância para reduzirmos a desigualdade e a discriminação, caminhando no sentido de uma sociedade mais justa e solidária, e um Sistema Jurídico atento às mazelas sociais e disposto a corrigir possíveis injustiças por meio da aplicação de normas que visem à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCETTURI, Conceição Aparecida. *Avaliação da resposta terapêutica a três diferentes esquemas antiretrovirais em portadores do HIV-1 sem tratamento prévio e com deterioração imunológica, considerando características genéticas do hospedeiro e virais*. São Paulo: Universidade Federal de São Paulo – Escola Paulista de Medicina.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Luyz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. *AIDS e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade*; atualizado por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo, Saraiva, 1997.

COMPARATO. Fábio Konder. *Uma morte espiritual*. Folha de São Paulo, São Paulo, 14 de maio de 1998. Caderno Opinião, p.3. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz14059809.htm>>. Acessado em 09 de Agosto de 2009.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos de personalidade*. traduzido por Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DEPARTAMENTO de DST's AIDS e Hepatites Virais. Disponível em: <http://www.aids.gov.br>.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.), *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. *Direito à Vida Privada e à Intimidade do portador do HIV: Aspectos Constitucionais*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FERREIRA, Margarete de Paiva Simões. *AIDS: da violência aos direitos humanos à construção da solidariedade*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz – Escola Nacional de Saúde Pública, 1999. (Dissertação de Mestrado). Disponível em: <www.aids.gov.br>. Acessado em 25 de Abril de 2009.

FRANCHESI, Maria Cristina Pimentel. *AIDS, Direito e Justiça: o papel do Direito frente à AIDS*. Porto Alegre: GAPA, 2002.

FROTA, Hidemberg Alves da. *A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano do Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 459-495, 2007. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr2.pdf>>. Acessado em 15 de Fevereiro de 2009.

GARCEZ, Maximiliano Nagl. *A vida privada e a relação de emprego*. 274 f. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós Graduação em Direito da UFPR, Curitiba, 2001.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARQUES, Ivo Eugênio. *AIDS e direito do trabalho*. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho; v. 10, n. 19 (mar. 2000), p. 63-72. Disponível em: <<http://www.anpt.org.br/site/download/revista-mpt-19.pdf>>. Acessado em 16 de Agosto de 2009.

PEDREIRA, Pinho. A reparação dos Danos no direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*. Salvador, nº 12, setembro de 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria geral das Obrigações*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PINEL, Arletty & INGLES, Elisabete. *O que é AIDS?* São Paulo: Brasiliense, 1996.

PORTAL MÉDICO. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acessado em 07 de julho de 2009.

RUDNICKI, Dani. *Aids e o Direito: papel do Estado e da Sociedade*. São Paulo: Saraiva.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Marcos Fridolin Sommer. *A aids sob a perspectiva da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SEGRE, Mauro. *Questões suscitadas pela AIDS em Saúde Ocupacional*. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v1/questoes.html>>. Acessado em 07 de Julho de 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.